Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Weber, Adolph Dietrich,

Ueber die Proceßkosten, deren Vergütung und Compensation

Hannover 1811

J.pract. 317 h
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10554846-2

J. pract.
317
h

J. Pract.
317 k

Weber

<36610473430015

<36610473430015

Bayer. Staatsbibliothek

Ueber die Proceßkosten, deren Vergütung und Compensation,

von

Dr. Adolph Dieterich Weber,
Professor zu Rostock.

Fünfte, mit einigen Zusätzen vermehrte und berichtigte Auflage.

Hannover,
bei den Gebrüdern Hahn.
1811.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Vorerinnerung.

Die gegenwärtige Ausgabe der Schrift über die Proceßkosten unterscheidet sich von der vorigen durch einige Zusätze und Berichtigungen, worüber hier im Allgemeinen Folgendes zu sagen seyn wird.

Es war leicht vorauszusehen, daß eine Rechtstheorie, welche ziemlich herrschenden Meinungen durchaus entgegen trat, nicht ganz ohne Bestreitung bleiben würde. Bald nach der ersten und zweiten Ausgabe traten die Herrn Hennemann, Emmrich und von Schmidt genannt Phi-

feldeck als Gegner derselben auf*), ohne übrigens in ihren Ansichten unter sich durchgängig einverstanden zu seyn. Ich glaubte die Bestimmung des Gewichts der gegenseitigen Gründe füglich dem Urtheile sachkundiger Leser überlassen zu können; fand daher nicht nöthig, mich weiter, als es in der zweiten Ausgabe dieser Schrift geschehen ist, mit besonderer Beantwortung der mir gemachten Einwürfe zu beschäftigen.

Auch noch jetzt bin ich eben dieser Meinung. Es sind nur einige Hauptfragen, worauf es hier vorzüglich ankommt. Ist die Kostenerstattung als Strafe des verlierenden Theils, oder als Schadensersatz zu behandeln? Kann nur dolus und culpa zum Kostenersatz verpflichten? Ist jeder Grad des Versehens, oder nur die grobe Fahr-

*) Hennemann's 1ster und 2ter Beitrag zur Rechtstheorie von Erstattung der Proceßkosten, Schwerin 1792. Emmrich über die Proceßkosten rc. 2 Theile. Göttingen 1791 rc. Dieser Schrift ging eine kürzere Ausführung in der Inaugural-Dissertation desselben Verfassers: de litium expensis. Götting. 1790 voran. — J. von Schmidt genannt Phiseldeck Beitrag zu der Lehre von den Proceßkosten, Helmst. 1793. Dagegen Emmrich observationes ad doctrinam de litium expensis spectantes. Norimb. 1802.

lässigkeit — culpa lata — zu dieser Verpflichtung hinreichend? Bin ich, was diese Fragen betrifft, Ansichten gefolgt, die sich nach der Vorschrift geltender Gesetze und Rechtsprincipien hinlänglich rechtfertigen, so wird sich das Uebrige von selbst schon finden, und jeder Leser, dem es an den Rechtskenntnissen, und an der nöthigen Erfahrung in der Rechtspflege nicht fehlt, hinlänglich im Stande seyn, manche einzelne Einwürfe, die ich hier übergangen habe, gehörig zu würdigen. Im entgegengesetzten Falle aber würde jede Widerlegung einzelner Sätze irgend eines Gegners am Ende doch zwecklos seyn, wenn das Urtheil des prüfenden Lesers in der Hauptsache demselben günstig bliebe. Hennemann und mit ihm Emmrich glaubten in der Verurtheilung zum Kostenersatze bloß eine Strafe des ungerechten Streitens vor Gericht anzutreffen, die jedoch nur der böse Vorsatz calumnia — oder wenigstens grobe Fahrlässigkeit — culpa lata — zur Folge haben könnte. Nach dieser Ansicht sind also die beiderseitigen Proceßkosten in allen Fällen, wo die Akten nicht angeben, daß dem verlierenden Theile

das Eine oder das Andere zur Last falle, gegen einander aufzuheben. — v. Schmidt genannt Phiseldeck ist darin mit mir einverstanden, daß die Kostenerstattung nicht als Strafe, sondern nur als Entschädigung des obsiegenden Theils zu behandeln sey, jedoch meint er, daß die sachfällige Partei für diesen Schaden des Gegners nur ex dolo et culpa levi verantwortlich werde. — Dagegen scheint es mir richtiger, daß nicht allein jede Unachtsamkeit, wie geringen Grades sie auch seyn möge, zum Ersatz der einem Andern dadurch verursachten Kosten nothwendig verpflichte, sondern daß auch der verlierende Theil schon als solcher, ohne daß es immer gerade darauf ankomme, ob ihm für seine Person wirklich dolus oder culpa, wegen des bisher geführten Streits beizumessen sey, gesetzmäßig den Kostenersatz übernehmen müsse, und daß nur besondere Verhältnisse ihn hievon nach Rechtsgründen befreien können.

Man hat aber meine Theorie hin und wieder unrecht verstanden und gemißdeutet. Ich hatte behauptet, daß auch das geringste Versehen zum Kostenersatz verpflichte — man legte mir die Mei-

nung bei, daß wenigstens culpa des verlierenden Theils insofern vorhanden seyn müsse, daß er sein Unrecht hätte wissen können und sollen. Das kann er freilich oft nicht, bleibt aber darum doch dem Gegner wegen des Rechtsstreits und der dadurch veranlaßten Kosten verantwortlich, wenn er irgend etwas, worüber keine förmliche Gewißheit vorhanden war, vor Gericht durchzusetzen suchte, was am Ende doch durch Urtheil und Recht verworfen ward, weil er, bei aller subjectiven Ueberzeugung von der Wahrheit seiner Behauptungen, im Allgemeinen doch nicht berechtigt seyn kann, Versuche dieser Art auf Kosten Anderer zu machen. — Ich hatte ferner, mit Beziehung auf L. 44. D. ad legem aquil. als Grundsatz angeführt, daß in Fällen, wo von Beschädigungen außer einem Contract die Rede ist, auch das geringste Versehen — culpa leuissima — verantwortet werden müsse — man hat hieraus bisweilen Gelegenheit genommen, sehr unrichtig zu behaupten, daß ich die ganze Lehre von der Kostenerstattung nach dem Aquilischen Gesetze behandelt wissen wolle — und wenn ich den Satz anneh-

me, daß der verlierende Theil der Regel nach die Kosten bezahlen müsse, so sind damit noch keinesweges alle Ausnahmen von dieser Regel ausgeschlossen, gleichwol ist mir zu Zeiten kurz und gut die Meinung beigelegt worden, daß der verlierende Theil immer zum Ersatz der Kosten verurtheilt werden müsse, und eine Compensation der Letztern gar nicht Statt finde. Dergleichen nach gemeinem Rechte zu behaupten, ist mir nie eingefallen. Nur darauf habe ich geglaubt, dringen zu müssen, daß von jener Regel keine andere Ausnahmen zugelassen werden, als welche nach Rechtsgründen dafür anzuerkennen sind. Der Sachfällige muß die Kosten bezahlen, wenn ihn nicht besondere Verhältnisse in Ansehung des geführten Rechtsstreits und des dadurch dem Gegner veranlaßten Schadens außer Verantwortung setzen. Die nähere Bestimmung dieser Verhältnisse ist es, womit die gegenwärtige Schrift sich vorzüglich beschäftigt.

Ich habe mich in den Zusätzen und Berichtigungen der gegenwärtigen Ausgabe darauf eingeschränkt, diese Rechtstheorie in den vorhin er-

wähnten Hauptpuncten noch mehr außer Zweifel zu setzen und gegen Mißdeutung zu sichern. Das Uebrige, was daraus von selbst folgt, schien mir dessen nicht zu bedürfen. Einige in den vorigen Ausgaben nur kurz berührte Gegenstände sind beiläufig etwas weiter ausgeführt worden.

Die vermeinte Billigkeit, welche man vorzüglich gegen mich angeführt hat, kann hier nichts entscheiden, weil sie uns am Ende dem Gutdünken der Gerichte Preis giebt. Und soll es zur Compensation der Kosten einen hinreichenden Grund abgeben, wenn der Richter das Recht zweifelhaft findet, so bitte ich doch auf die Folgen Rücksicht zu nehmen, welche hieraus in der Anwendung nothwendig entstehen müssen. Das ius dubium ist sehr relativ. Gerade der gründlichste Rechtsgelehrte findet da Zweifel, wo ein Richter von mäßigen Begriffen alles klar zu sehen glaubt, und was dieser anstößig und ungewiß hält, findet jener kaum eines Zweifels fähig. Eben so ist es mit den Scheingründen, die der verlierende Theil für sich haben kann. Wer soll es beurtheilen? Was dem Einen Scheingrund seyn kann,

macht auf Andere vielleicht gar keinen Eindruck. Ferner ist es eine Frage: wie lange man in gewissen Rechtssätzen das Zweifelhafte derselben als wirksam auf den Kostenpunct annehmen darf? Ist es nach gemeinem Rechte noch jetzt ius dubium, daß Kauf vor Miethe geht? Daß ein Käufer, der auf Gewährleistung Verzicht geleistet hat, der Regel nach auch das Kaufgeld nicht wieder fordern könne? Berühmte Rechtslehrer sind freilich der gegenseitigen Meinung; an Scheingründen, die einer Partei das Gegentheil glaublich machen können, fehlt es gewiß nicht. Müssen daher noch immer, wenn auch die Hauptsache nach jenen Sätzen entschieden wird, dennoch die Kosten verglichen werden? Oder wo ist in Fällen dieser Art die eigentliche Gränzlinie? wer mag sie bestimmen? Immer bin ich überzeugt, daß die Einwürfe, welche man mir gemacht hat, anstatt die Sache auf gewisse Regeln, wonach Jeder den Ausgang in Ansehung der Kosten vorhersehen kann, zu bringen, uns wiederum gänzlich auf das ungewisse Gutdünken der Gerichte zurückführen.

Die in mehrern deutschen Staaten bereits ge-

schehene Aufnahme des französischen Civilgesetzbuchs wird unendlich viele Rechtsfragen, bloß von der Beurtheilung der Gerichte nach der Natur der vorkommenden Sachen, nach Rechtsanalogie, und nach Grundsätzen des Vernunftrechts abhängig machen, da die Verfasser jenes Gesetzbuchs bekanntlich von der Meinung ausgingen, daß bei der Abfassung eines Civilcodex nur einige bestimmt ausgesprochene allgemeine Vorschriften für jede Materie hinreichten, das Uebrige aber den Richtern und Rechtsgelehrten zu überlassen sey. Diesen komme es zu, in den allgemeinen Sinn der Gesetze einzudringen und ihre Anwendung zu lenken. L'office de la loi, sagt Portalis, est de fixer, par de grandes vues les maximes générales du droit, d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail de questions qui peuvent naître sur chaque matière. C'est au magistrat et au iurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application *). Soll also in Fällen, die der

*) Projet de Code civil, présenté par la commission nommée par le gouvernement le 24. thermidor an 8. discours préliminaire pag. VII.

Buchstabe des Gesetzes nicht geradezu entscheidet, und die daher immer eine gewisse Verschiedenheit der Ansichten und Meinungen werden erwarten lassen, am Ende eines Rechtsstreits die Compensation der Kosten immer Statt finden — und das würde sie, wenn man den Satz annehmen wollte, daß ius dubium dazu berechtige — wie selten würde der gewinnende Theil sein Recht erlangen, ohne sich gleichwol einem oft sehr bedeutenden Verluste an Kosten unterwerfen zu müssen, und ohne diesen Verlust von dem, der doch in der Hauptsache Unrecht hat, ersetzt verlangen zu können.

Der Beifall, den bereits mehrere verdiente Rechtslehrer diesem Versuche über eine wichtige Rechtsmaterie bezeugt haben, kann mir wohl nicht anders, als äußerst werth und angenehm seyn. Ich rechne auch vorzüglich dahin die von einem berühmten Niederländischen Schriftsteller veranstaltete und mit lehrreichen Anmerkungen begleitete Uebersetzung dieser Schrift in die holländische Sprache *). Doppelt schätzbar ist sie mir durch

*) Over Proceskosten derzelver vergoeding en compensatie; door Adolf Diederik Weber en over het.

die Verbindung meiner Arbeit mit dem gelungenen Beitrage, welchen mein mehrjähriger geliebter Freund Martin zu eben dieser Lehre geliefert hat.

Ich darf, ohne unbescheiden zu seyn, es hier auch wol als eine angenehme Erfahrung anführen, daß die vorliegende Schrift, wenn man auch Bedenken fand, ihren Inhalt durchgängig geltend zu machen, dennoch nicht ohne guten Erfolg für die Rechtspflege in deutschen Gerichten geblieben, und daß man wenigstens mit der dem obsiegenden Theile im Proceß so nachtheiligen Kostenvergleichung seitdem behutsamer zu Werke gegangen ist, als vorher zu geschehen pflegte.

Die von mir vertheidigte Rechtstheorie hat durch neuere Gesetzgebungen eine wichtige Unterstützung erhalten. In mehreren Hauptsätzen findet sie jetzt in der Königl. Preußischen Ge-

---

Regtmatig Reserveren der Proceskosten door C. R. D. Martin uit het Hoegduitsch en Latijn vertaald, met eenige Aanmerkingen en een Naschrift vermeerderd door Henr. Will. Tydemann Hoogleeraar in de Burgerlyke en Hedendaagsche Regtsgeleerdheit aan de Universiteit te Franeker. Amsterd. 1808.

richtsordnung von 1795. Th. I. Tit. 23. eine der erheblichsten Autoritäten für sich. Der Französische Code de procédure Art. 130 ꝛc. und die K. Westphälische Proceßordnung Art. 86 ꝛc. stimmen noch mehr damit überein. Eine Lehre, welcher diese Gesetzbücher das Wort reden, dürfte in unsern Zeiten schon eine gute Vermuthung für sich haben, und hoffentlich wird auch diese einen Grundsatz, den die Sache selbst freilich schon lange gerechtfertigt hat, jetzt noch einleuchtender machen.

Rostock, den 21. December 1810.

D. A. D. Weber.

Inhalt.

§. 1. Begriff und Eintheilung der Proceßkosten. Seite 1

§. 2. Rechte und Verbindlichkeiten in Ansehung der Proceßkosten nach verschiedenen Verhältnissen, und in welcher Hinsicht solche hier besonders abgehandelt werden. . . . . — 6

§. 3. a. Allgemeine Vorschriften und Grundsätze des gemeinen Rechts A) von der Verbindlichkeit zum Kostenersatze, dieser ist keine Strafe im eigentlichen Verstande, sondern Schadensersatz. — 8

§. 3. b. Fortsetzung. . . . — 15

§. 3. c. Vom Ungehorsam der Parteien und einigen andern Vorgängen im Proceß, bei welchen die Verurtheilung zum Kostenersatz weniger Bedenken findet. . . . . — 23

§. 3. d. Von den Kosten des verlornen Rechtsstreits überhaupt. . . . . — 32

§. 4 B). Von der Compensation der Kosten — vermeinter Grund derselben ex probabili litigandi causa — Versuch einer richtigern Bestimmung der Sache nach den Grundsätzen vom Schadensersatz. — 44

§. 5. Fortsetzung; der sachfällige Theil haftet wegen der Kosten nicht bloß in Fällen eines vorsätzlichen Unrechts oder der groben Unachtsamkeit, sondern ist allemal in die Kosten zu verurtheilen, wenn ihm nicht besondere Entschuldigungsgründe hiegegen zu Statten kommen. . . — 48

§. 6. a. Die Compensation der Proceßkosten setzt zwar zum voraus, daß der sachfällige Theil seine Sache bona fide gerecht geglaubt habe, ist aber dadurch allein noch nicht begründet. . — 56

§. 6. b. In wiefern der Irrthum in Thatsachen den verlierenden Theil vom Kostenersatz befreien könne. Seite 61

§. 6. c. Fortsetzung. Von den Fällen, in welchen über den Sinn eines Vertrages und anderer Dispositionen, oder über die Absicht einer Handlung gestritten wird. . . . . — 68

§. 7. Vom Rechtsirrthum und zwar a) die Gewohnheitsrechte betreffend. . . . — 71

§. 8. b) In Ansehung geschriebener Gesetze und des Vernunftrechts. . . . . — 72

§. 9. Vorzüglich, wenn ius dubium et controversum bei einer Sache zur Frage kömmt. . — 74

§. 10. Ob das Ansehen der Rechtsgelehrten, insbesondere responsa iuris, eine Compensation der Kosten rechtfertigen können. . . . — 89

§. 11. Ob die Kosten zu vergleichen sind, wenn der verlierende Theil praeiudicia iuris, oder gar schon in der verhandelten Sache selbst günstige Erkenntnisse für sich hat. . . . — 104

§. 12. Ferner, wenn die Sache nach geleistetem Eide entschieden worden ist. . . . — 116

§. 13. Von einigen andern Fällen, in welchen man die Kosten zu compensiren pflegt. . . — 130

§. 14. Besonders wenn das Urtheil auf eine vermischte Weise ausfällt — Verurtheilung des obsiegenden Theils in die Kosten, und was derjenige überhaupt zu leisten hat, dem die Vergütung derselben auferlegt ist. . . . — 140

Ueber die Proceßkosten, deren Vergütung und Compensation.

§. 1.

Begriff und Eintheilung der Proceßkosten.

Auch im Tempel der Gerechtigkeit gilt der Satz: Wer am Altar dient, soll vom Altar leben. Die Justiz ertheilt ihre Aussprüche nicht unentgeldlich. Wer einmal den Weg Rechtens ergreift, hat sich mit Richtern, Advocaten, Notarien, Schreibern und übrigen Dienern der Gerechtigkeit abzufinden, auch manche andere Kosten zu bestreiten, welche zum Theil eine nicht unbeträchtliche Einnahme des Landesherrlichen Fiscus ausmachen. Z. B. für Stempelpapier u. d. m. Alle Ausgaben nun, welche die Rechts-

verfolgung, oder Vertheidigung im Wege Rechtens betreffen, gehören zu den Proceßkosten in der weitläufigsten Bedeutung [1]). Sie werden verschiedentlich eingetheilt; indem

1) nach den mancherlei Arten des Processes, auch eben so viele Gattungen der Kosten entstehen; wiewol dasjenige, was die Gesetze und Proceßordnungen eigentlich bei Gelegenheit des Civilprocesses von den Kosten enthalten, meistens auch bei den übrigen besonderen Proceßarten zur Anwendung kommt; und vorzüglich nur der Concursproceß, und das Verfahren in peinlichen Fällen, sich durch besondere Rechtsverhältnisse, in Ansehung der Kosten, von den übrigen auszeichnen [2]). Siehet man aber

2) auf die nächste Veranlassung der Proceßko-

1) Joh. Otto Tabor, Repetitio materiae de expensis; Argent. 1644. th. 70. sequ. Joh. Born Diss. de expensis; Lipsiae 1642. Aug. Leyser de expensis ciuilibus; in dessen Meditat. ad Pandect. Spec. 85. Ad. Fridr. zur Nedden de expensis litium. Argent. 1672. Henr. Temmen de litium expensis; Colon. 1720. Franc. Joseph. Ignat. Hiemer Dissert. de litium expensis. Argent. 1749. Guil. Ludwell de litium expensis. Altorf. 1659. Die neuern Schriften sind in der Vorrede bereits angeführt worden.

2) Dan. Nettelbladt de sumtibus concursus creditorum. Halae 1754. J. H. Böhmer de expensis criminalibus. Halae 1716. in dessen Exercitat. ad Pand. T. VI. n. 98. Phil. Jac. Heisler de expensis criminalibus in processu inquisitionis. Halae 1769. Jo. Christ. Eschenbach de expensis criminalibus stricte sic dictis. Rostochii 1781.

sten: so werden sie entweder für die Bemühungen der Gerichtspersonen entrichtet, oder sie betreffen etwas Anderes. Die erstern nennt man gerichtliche Kosten, Gerichtsgebühren, Sporteln [3]); die leztern aber aussergerichtliche Kosten. Zu den Gerichtsgebühren gehört alles, was der Richter, der Gerichtsschreiber, die Gerichtsboten und Executoren von den Parteien bekommen; es mögen üb igens die Gerichtspersonen diese Sporteln für ihre Bemühungen selbst behalten, oder solche dem, der sie besoldet, zu berechnen haben. Die aussergerichtlichen Kosten in gedachter Bedeutung begreifen das Honorarium der Advocaten und Anwälde, die Notariats- und Abschriftsgebühren, die Auslagen für Stempelpapier, das Briefporto, Botenlohn, imgleichen die von einer Partei wegen des Processes sowol für sich, als für Andere, z. B. für den Sachwalter, für die Zeugen u. s. w. aufgewandten Reise- und Zehrungskosten, unter sich. Ferner sind die Kosten 3) nach Verhältniß des Aufwandes und dessen Zweckmäßigkeit, entweder nothwendige, oder willkührliche Ausgaben, nachdem entweder der Zweck des gerichtlichen Verfahrens und der rechtliche Betrieb der Streitsache den Aufwand wirklich erfordert, oder

3) Erasm. Vngepaver de Sportulis. Jenae 1653. Henr. Melich de Sportulis. Lips. 1683. J. Chr. Hedler de variis modis lucrandi sportulas iudiciales; von der Gerichts-Sportelsucht. Vitemb. 1738. Henr. Brockes de Sportulis; Duisb. ad Rhen. 1668.

nicht. Zu den nothwendigen Kosten gehören die ordentlichen Gerichtsgebühren, das gesetzmäßige Honorarium der Advocaten und Procuratoren. Willkührliche oder entbehrliche Ausgaben (expensae delicatae) sind die Gebühren der Facultäten und Privat-Doctoren für ertheilte Rechtsbelehrungen, imgleichen die sogenannten Verschickungskosten, wenn die Actenversendung nur durch den Antrag einer Partei, oder, was jedoch wol nur selten vorkommt, beider Theile veranlaßt ist; überhaupt alles, was über die gesetzliche Quantität der rechtmäßigen Gebühren, oder sonst unnöthiger Weise bezahlt wird, wenn es auch an sich nicht unerlaubt seyn sollte. 4) In besonderer Rücksicht auf die Bestandtheile des rechtlichen Verfahrens, oder die Handlungen, welche nach und nach im Proceß geschehen, sind die Proceßkosten, entweder Kosten einer ganzen Instanz, oder eines einzelnen Stücks des Processes [4]. Zu den leztern gehören z. B. die Kosten eines Termines [5]). Jene aber sind entweder Kosten der ersten Instanz, oder der zweiten und folgenden Instanzen. — Z. B. der Restitutions-, Leuterungs-, Supplications- und Appellations-Instanz. Die Kosten der ersten Instanz werden auch von einigen im engern Begriff Proceßkosten schlechthin

4) Gottlob Eusebius Oelze Anleitung zur gerichtlichen Praxis §. 285.

5) Gebh. Christ. Bastineller de expensis termini, Vitemb. 1717.

genannt. 5) In Rücksicht auf die Verbindlichkeit, zur Vergütung der dem Gegner verursachten Kosten, entstehen wieder, nach der Veranlassung, welche diese Verbindlichkeit nach sich ziehet, mancherlei Arten der Kosten. Sie können nämlich verursacht seyn:

a) durch Ungehorsam, oder Nichtbefolgung gerichtlicher Vorschriften — Contumacial-Kosten, expensae contumaciae —;

b) dadurch, daß eine Partei gewisse vergebliche Auftritte vor Gericht veranlasset, und den rechtlichen Fortgang der Sache ungebührlich aufgehalten hat: — dahin gehören die Kosten des verzögerten Streits — expensae retardatae litis — imgleichen die Kosten wegen geänderter Klage ꝛc.

c) überhaupt dadurch, daß Jemand einen Rechtsstreit geführet hat, in welchem er am Ende sachfällig geworden ist. — Diese pflegt man widerrechtlich verursachte Kosten schlechthin, auch Kosten der ganzen Sache, Kosten des verlohrnen Rechtsstreits — expensas victoriae s. totius causae — zu nennen [6].

6) Henrici Bodini Diss. de expensis victoriae non praestandis. Halae 1699. W. A. Lauterbach de expensis victoriae. Tubing. 1663. Dav. Pestel de expensis victoriae aliisque varii iuris

§. 2.

Rechte und Verbindlichkeiten in Ansehung der Proceßkosten nach verschiedenen Verhältnissen und in welcher Hinsicht solche hier besonders abgehandelt werden.

Die Natur der Sache bringt es als Regel mit sich, daß ein Jeder, dessen Angelegenheit vor Gericht betrieben wird, die Kosten vorerst bestreiten muß, welche mit seinen Anträgen und den dadurch veranlaßten gerichtlichen Verfügungen unmittelbar verknüpft sind. Daß also das Gericht in Ansehung der Sporteln sich zunächst an denjenigen, auf dessen Antrag etwas ergehet oder erkannt wird [1], der Advocat und Anwald an seine Partei [2], der Notarius an seinen Requirenten, der Zeuge wegen der Reise- und Zehrungs-Kosten an den Producenten zu halten befugt sey; daß Commissions-Kosten von dem, der die Commission er-

capitibus. Rintel. 1675. Sigm. Henr. Hülse de litium expensis, quas victus ob non iustam litigandi causam praestare tenetur. Argent. 1675. Seyfarth teutscher Reichsproceß. Cap. 33. §. 1.

1) Hierüber verdienen weiter nachgelesen zu werden: Temmen de lit. expensis cap. 4. Mevius P. 5. Decis. 424. Reinharth de erroribus pragmaticorum in doctrina de compensatione expensarum §. 13. Christ. Specht Diss. quando et quibus liceat, aliquem ob non solutas expensas a iudicio arcere; §. 1—5. Born de expensis thesi 7.

2) Auch der Procurator kann sich wegen seines Honorarii und der gehabten Auslagen nach der Regel nur an den Principal selbst, nicht aber an den Advocaten halten; obgleich dieser ihm das Geschäfft übertragen hat. Mevius P. 8. Decis. 72.

wirkt hat, vorerst bestritten werden müssen; alles dieses folgt aus jener Regel von selbst. Inzwischen kann ein streitender Theil in mehr als einer Hinsicht befugt seyn, sich wegen der Proceßkosten wieder an Andere zu halten. Ich beschränke mich aber in der gegenwärtigen Abhandlung blos auf die Entschädigung, welche Jemand von seinem Gegner, wegen der verursachten Proceßkosten, zu verlangen berechtigt ist, ohne mich auf diejenigen Fälle einzulassen, wo ein Proceßführender, selbst beim Anfange, oder im Laufe des Streits, die vorläufige Bestreitung der dazu erforderlichen Kosten von Andern fordern [3]), oder die Vergütung bereits gehabter Kosten, nicht sowol von dem bisherigen Gegner, als vielmehr von andern Personen, besonders von denen, gegen welche in der Hauptsache die Regreßklage statt findet [4]), begehren darf.

3) Jac. Frid. Ludovici de expensis litis actori a reo subministrandis Halae 1712. Henr. Hildebrand de praenumeratione expensarum parti aduersae lite pendente facienda. Alt. 1707. Joa. Jerem. Lincker de alimentis et expensis litis aduersario litem intendenti praestandis. Giessae 1694. Joh. Ludw. Schmidt öffentliche Rechtssprüche Nr. 96. Seite 638. Joh. Gottlob Hennig von Alimentation der Eheleute und denen Kosten während des Scheidungs-Processes §. 54. folg.

4) Z. B. die Entschädigung, welche der Bürge von dem Hauptschuldner, oder der Käufer vom Verkäufer im Evictionsfall zu fordern berechtigt ist; Temmen de

§. 3. a.

Allgemeine Vorschriften und Grundsätze des gemeinen Rechts, A) von der Verbindlichkeit zum Kostenersatze; dieser ist keine Strafe im eigentlichen Verstande, sondern Schadensersatz.

In Ansehung des Kostenersatzes kann in den Gerichten dreierlei erkannt werden: I. die Verurtheilung in die Kosten, II. die sogenannte Compensation, Vergleichung oder Aufhebung der Kosten, III. die Aussetzung des Kostenpuncts. Durch die **Verurtheilung in die Kosten** wird einer Partei die Verpflichtung auferlegt, die Kosten eines gerichtlichen Verfahrens allein zu tragen, und dem Gegner die deshalb gehabten Ausgaben zu vergüten. Diese Verurtheilung muß in den Aussprüchen der Gerichte bestimmt und ausdrücklich erkannt sein, und kann nicht als stillschweigend verfügt angenommen werden. — Die **Compensation** der Kosten ist die Bestimmung, daß jeder Theil seine gehabten Kosten tragen, mithin keine Vergütung derselben Statt finden solle. Der Ausdruck: Compensation, wird hier sehr uneigentlich gebraucht, da nicht von gegenseitigen Forderungen und Verbindlichkeiten, wie sie die Compensation ihrem Begriffe nach voraussetzt, die Rede ist, vielmehr je-

litium expens. Cap. XI. Dahin gehört auch vorzüglich der Fall, wenn dem Richter ein ungerechter Ausspruch, oder sonst ein widerrechtliches Verfahren zur Last fällt, weshalb ihm die Verbindlichkeit obliegt, die Kosten zu vergüten, welche durch seine Pflichtwidrigkeit veranlaßt worden sind. Siehe unten §. 11. am Ende.

dem Theile die Kostenforderung an sich versagt wird, weil dem Andern die bisherige Proceßführung nicht als unrechtmäßig zur Last fallen soll. — Indeß ist der Ausdruck als einmal üblich beizubehalten (§. 14. Not. 4). Die Compensation der Kosten wird auch als stillschweigend erkannt angenommen, wenn sie in entscheidenden Urtheilen übergangen werden. — Die Aussetzung der Kosten, wodurch die Entscheidung in Ansehung derselben künftigen Urtheilen vorbehalten wird, findet Statt, wenn die Gerichte bei Abfassung eines Erkenntnisses noch keine zureichenden Gründe in den Acten finden, um einen Theil in die Kosten zu verurtheilen, oder diese gegen einander aufzuheben *); z. B. wenn auf Beweis erkannt wird. Die Uebergehung des Kostenpunkts in Urtheilen dieser Art, welche einen geführten Streit noch nicht entscheiden, sondern diese Entscheidung von erst noch zu führenden Beweisen, beizubringenden Urkunden ꝛc. abhängig machen, ist nicht als Compensation, sondern als stillschweigende Aussetzung der Kosten anzunehmen.

Im Allgemeinen kann wol über die Frage keine Verschiedenheit der Meinungen Statt finden, ob derjenige, dem ein ungerechtes Streiten vor Gericht, eine ungebührliche Verschleppung der Sache, eine widerrechtliche Entfernung der Rechtshülfe oder die Veranlassung vergeblicher Handlungen und Auftritte vor

*) C. Martin de iuste suspendendo iudicio de expensis etc. Goett. 1796.

Gericht zur Last fällt, die Kosten bezahlen müsse, welche er hiedurch einem Andern verursacht hat. Indessen ist es fast unglaublich, wie oft dieses in Gerichten gänzlich verkannt wird, und mit welchem Leichtsinne man, Statt der rechtlichen Verurtheilung in die Kosten, sich eine Compensation derselben erlaubt, ohne zu bedenken, wie sehr dieses den Vorschriften der Gesetze, unläugbaren Rechtsprincipien und aller Billigkeit zuwider sey [1]. Die Proceßkosten sind oft, nach Verhältniß des Objects der Hauptsache, und nach den Vermögens-Umständen dessen, dem sie durch ungerechten Streit verursacht worden sind, von solcher Wichtigkeit, und von solchem Belange, daß schon in dieser Hinsicht die Urtheilsverfasser sich billig enthalten sollten, den Kostenpunkt als eine unbedeutende Nebensache zu behandeln, und mehr den Scheingründen einer übel angewandten Billigkeit, welche im Grunde wirkliche Ungerechtigkeit ist, als den Vorschriften der Gesetze und des Rechts, dabei nachzugehen.

Zu den vielen Misbräuchen, welche in dieser Hinsicht nach und nach in die Gerichte eingeschlichen sind, findet sich hauptsächlich ein zwiefacher Anlaß. Einmal fehlt es an ausdrücklichen Gesetzen, welche in vorkommenden Fällen allemal zur gewissen Richtschnur dienen könnten. Es kommt meistens darauf an, den Abgang bestimmter Vorschriften durch Vernunftgründe, und mit Hülfe der Analogie zu ergän-

1) Joh. de Friccius de Sententia iudicis per se iusta, sed per compensationem expensarum iniusta.

zen. Und da scheint die Lehre vom Ersatz der Proceßkosten noch nicht von allen Seiten die Betrachtung, welche sie verdient, gefunden zu haben; vielmehr ist zweitens eine reichhaltige Quelle von Unrichtigkeiten in der Theorie und Anwendung daher entstanden, daß man diese Lehre noch nicht sorgfältig genug auf diejenige Hauptmaterie im Systeme des Rechts, welche eigentlich die wahren analogischen Gründe dazu hergiebt, zurückgeführet hat. Vor allen Dingen ist auszumachen, 1) ob die Erstattung der widerrechtlich verursachten Kosten als eine Strafe des ungerechten Processirens, des Ungehorsams, und anderer von einer Partei verschuldeten Ungebühr, oder nur als eine Entschädigung des Gegners zu betrachten sey? Ist dieser Punkt gehörig berichtigt: so fragt sich 2) Was ist in Ansehung dieser Vergütung Rechtens; wem liegt sie ob, und was kann davon befreien? Die erste Frage betreffend, ist die Erstattung der Proceßkosten ohne Zweifel keine Strafe, sondern eine Entschädigung dessen, dem diese Kosten widerrechtlich verursacht worden sind. Mir schien es bei der ersten Ausgabe dieser Schrift kaum nöthig, diesen Satz umständlich, und mit allen Gründen, die ihn unwiderleglich machen, zu unterstützen. Ich fand ihn zu evident, als daß ich den Fall möglich glauben konnte, daß Jemand bei einiger Prüfung der Sache das Gegentheil würde behaupten können. Indeß fand sich ein Gegner, dessen Einwürfe gegen meine Theorie von Erstattung der Proceßkosten sowol überhaupt, als auch besonders gegen diesen Grundsatz, worauf meine

Lehre hauptsächlich beruhet, eine nähere Entwickelung der Sache nothwendig machten [2]). Im Allgemeinen sind Strafe und Schadensersatz in ihren Begriffen so bestimmt verschieden, daß es kaum denkbar ist, wie dieses in irgend einem Falle, und besonders in Beziehung auf Proceßkosten, mit einander verwechselt werden könne. In unsern Gesetzen heißt es: Rei persecutionem continent actiones, quibus persequimur id, quod ex patrimonio nobis abest. L. 35. D. de obl. et act. Vinnius sagt hierüber zur Erläuterung: Opponit iurisconsultus persecutionem eius, quod ex patrimonio nobis abest, persecutioni poenae. Itaque ex contrario definiemus, illas actiones poenae persecutionem habere, quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis non abest. Ex patrimonio abesse autem dicuntur haec quatuor: quod est in patrimonio sed ab alio tenetur; quod esse desiit, sed ex obligatione restituendum est; quod nobis debetur ex contractu; quodcunque eius, quod nobis abest aestimationem continet. Quare quaecunque sunt actiones, quibus horum aliquid persequimur, eas dicemus esse rei persecutorias; et rursus e contrario, quae alicuius rei ex superioribus persecutionem non habent, eas

2) Hennemann in den Schriften, die in der Vorerinnerung zu dieser Ausgabe angeführt sind, dem auch bald darauf Emmrich in den gleichfalls daselbst bemerkten Ausführungen beitrat.

dicemus esse poenales [3]). Dieses nun auf unsern Gegenstand bezogen, wird sich das wahre Verhältniß desselben sehr leicht ergeben. Jeder Verlust aus dem Unsrigen, den wir im Laufe eines Processes durch diesen erlitten haben, läßt sich überhaupt unter der Benennung: Proceßschäden begreifen. Dahin gehören 1) die Ausgaben, welche das gerichtliche Verfahren selbst erfordert und veranlaßt hat — Proceßkosten — 2) nachtheilige Folgen, welche außerdem durch den Proceß in Ansehung unsers Vermögens entstanden sind, z. B. die einer Partei durch gerichtliche Termine rc. in ihrem Gewerbe verursachte Versäumniß — Proceßschäden in der engern Bedeutung. *) — Auf beides paßt der Ausdruck: quod ex patrimonio abest, — quod esse desiit, sed ex obligatione restituendum est, — quod eius, quod nobis abest, aestimationem continet, vollkommen. Der gerichtliche Proceß vertritt, in der bürgerlichen Gesellschaft, die Stelle der Selbsthülfe und des Krieges im natürlichen Zustande. Daher hat auch Grotius nicht Unrecht, wenn er die Proceßkosten den Kriegskosten, welche offenbar zur Entschädigung des Siegers, nicht zur Strafe bezahlt werden, an die Seite setzt [4]). Eine Strafe hinge-

3) Arn. Vinnius ad §. 16. I. de Actionib. p. m. 815.

*) Preußische Gerichtsordnung I. 22. 60.

4) Grotius de iure B. et P. III. 1. 13. und III. 13. 3. Livius 37. 35. Iustinus 33. 1.

gen setzt immer im eigentlichen Verstande ein Uebel voraus, welches besonders und allein nur mit der Gesetzübertretung, als solcher, verknüpft, und daher von der Vergütung des durch diese Uebertretung verursachten Schadens noch wesentlich verschieden ist. Ich weiß wol, daß die Gelehrten dies unterscheidende Merkmal in ihren Begriffen von der Strafe nicht immer gehörig ausheben; aber ich darf auch eben darum wol behaupten, daß die Vorstellung mangelhaft sey, wenn sie uns nicht in den Stand setzt, Schadensersatz und Strafe gehörig von einander zu unterscheiden. Trifft die Letztere das Vermögen des Schuldigen, oder seine Rechte gegen Andere, so daß er etwas aus dem Seinigen einbüßen muß, oder gewisse Rechte verwirkt: so ist zugleich für einen Andern, dem dieser Verlust zu Gute kommt, ein Gewinn oder Vortheil damit verbunden. Dies Alles bringt die Natur der Sache unläugbar mit sich. Diese zeigt uns daher in der Erstattung der Proceßkosten, die der dazu Verurtheilte einem Andern widerrechtlich verursacht hat, durchaus keine Strafe, man mag hiebei auf das Verhältniß dessen, dem die Kosten vergütet werden, oder desjenigen, dem die Vergütung obliegt, Rücksicht nehmen. Ersterer erhält offenbar nur das, was er eingebüßt hat, wieder ersetzt, also keinen Gewinn, den ihm das Gesetz zur Strafe eines Andern, wie bei den Pönalklagen auf mehrfachen Ersatz, zugestanden hätte. Letzterer leidet dadurch, daß er Kosten, die er widerrechtlich verursacht hat,

erstatten muß, offenbar keine Strafe, sondern vergütet nur den Verlust, den seine Handlung verursacht hat. Die mir gemachten Einwürfe haben mich nicht vom Gegentheil überzeugt.

§. 3. b.

Fortsetzung.

Die Kostenerstattung soll überhaupt darum keine Schadensersetzung, sondern eine Strafe seyn, weil 1) in Justinians Gesetzbuche, da, wo die Lehre von der Schadensersetzung vorkommt, in den Titeln über das Aquilische Gesetz, der Proceßkosten gar keine Erwähnung geschieht. — Ich denke, bei Dingen, die die Natur der Sache mit sich bringt, kann es wol keine Schwierigkeit machen, wenn wir sie nicht gerade auch mit ausdrücklichen Worten im Römischen Rechte antreffen. — Eben so wenig kann aber auch der Umstand, daß die Kostenerstattung an den erwähnten Stellen nicht vorkommt, einen gegründeten Anlaß geben, den Römischen Gesetzgebern und Rechtsgelehrten einen von der Natur der Sache ganz abweichenden Begriff beizulegen; zumal da bekanntlich das Aquilische Gesetz nicht alle Arten der Beschädigung, sondern nur gewisse Gattungen derselben zum Vorwurf hatte, wohin gerade die Proceßkosten gar nicht gehörten. Wem ich das noch näher entwickeln müßte, für den habe ich, und auch gewiß Hennemann nicht geschrieben. Kurz, das Wesen der Sache bringt mit sich, daß die Proceßkosten zu den Schäden gehören; und das derjenige, der einen

Andern mit Unrecht in Schaden setzt, diesen Schaden vergüten müsse, das war schon vor Roms Erbauung der gesunden Vernunft gemäß. Wir können also auch ohne die buchstäbliche Leitung des Römischen Rechts hier wohl fortkommen. —

Die Kostenerstattung soll ferner darum keine Entschädigung, mithin auch nicht nach den Grundsätzen von der Schadensersetzung zu behandeln seyn, weil 2) die Gesetze wegen anderer Schäden eine besondere Klage zulassen, hingegen der Kosten halber keine Klage gestatten, wenn nicht der Richter bei Entscheidung der Hauptsache sie zuerkannt hat. L. 3. C. de fruct. et lit. expens. „Ein deutliches Zeichen," sagt Hennemann, „daß das Erkenntniß des Richters das Fundament, Kosten zu begehren, ist, nicht „die Theorie vom Schaden und dessen Erstattung." — Eher möchte ich hinzu setzen, ein Grund mehr, warum vielleicht die Römischen Rechtsgelehrten bei Gelegenheit des Aquilischen Gesetzes der Kosten nicht füglich erwähnen konnten, weil diese principaliter mit den dort vorkommenden Klagen nicht verfolgt werden durften. Sonst aber hat die Vorschrift des angeführten Gesetzes auf die Sache, wovon hier die Rede ist, gar keinen Einfluß. — Der Grund, worauf cit. L. 3. C. de fructib. et lit. expens. beruhet, ist nach den Worten des Gesetzes dieser: Post absolutum enim, dimissumque iudicium, nefas est, litem alteram consurgere ex litis primae materia. Hieraus erhellet es ja klar genug, warum das Gesetz nicht, wie bei andern Schäden, so auch in Ansehung der

Kosten eine besondere Klage zulassen will, wenn nicht der Richter auf die Vergütung derselben mit gesprochen hat. Wie aber aus der gedachten Verordnung gefolgert werden könne, daß die Kostenerstattung nach den Grundsätzen von der Schadensersetzung gar nicht beurtheilt werden solle, sehe ich nicht. Das Gesetz redet nicht von dem Rechte des siegenden Theils in Ansehung der Proceßkosten selbst, sondern nur von der Befugniß, dieses Recht gerichtlich zu verfolgen. Zwei ganz verschiedene Dinge, die man nicht mit einander vermischen muß. Sobald wir also bei dem Letztern, nemlich bei der Befugniß, auf die Proceßkosten zu klagen, stehen bleiben, so hat Hennemann gewissermaßen Recht, wenn er sagt, daß das Erkenntniß des Richters, und nicht sowol die Theorie von der Schadensersetzung, das Fundament, die Kosten zu begehren, sey; ich werde das auch in so fern nicht bestreiten, als von dem nächsten Grunde der Befugniß zu klagen die Rede ist. Gehen wir aber auf den entferntern Grund dieser Befugniß zurück; und fragt man weiter: auf welche Grundsätze eigentlich der Richter sein Erkenntniß in Ansehung des Kostenpuncts zu bauen habe? (und davon ist ja nur in gegenwärtiger Schrift die Rede) so beruft Hennemann sich sicher ganz vergeblich auf das angeführte Gesetz, um daraus zu beweisen, daß die Kostenerstattung nicht nach den Grundsätzen von der Schadensersetzung zu behandeln sey. Ueberhaupt, meint er, 3) daß es an sich schon sehr schwer halte,

die Begriffe eines von dem Unterliegenden verursachten Schadens den Proceßkosten des Siegers anzupassen. Der Grund, oder eigentlich, wie H. sich ausdrückt, „der Existentialgrund dieser Kosten ist „ja offenbar der eigene Wille dessen, der sie verwen„det. Es stand ja bei ihm, ob er diese Kosten ver„wenden wollte, oder nicht. Er konnte ja freiwillig „nachgeben, und nicht processiren. Folglich kann er „eigentlich nicht sagen, daß der verlierende Theil „ihn in Schäden und Kosten gesetzt habe." — Dies Argument habe ich nur mit angeführt, um nichts zu übergehen. Eine Widerlegung erläßt mir der Leser wol. Ich denke, es bleibt dabei, daß derjenige mich allerdings in Schaden setzt, der mich durch eine ungerechte Handlung zu Ausgaben nöthigt, die ich sonst nicht würde gehabt haben; oder soll etwa auch ein Verwundeter das Arzt- und Heiler-Lohn nicht unter die Schäden rechnen, weil es ja sein eigner Wille war, sich curiren zu lassen? Einen unrechtmäßigen Anspruch vor Gericht durchsetzen, oder einer gerechten Forderung sich entziehen zu wollen, ist doch eben sowol eine unrechtmäßige Handlung, als jede andere Verletzung. Jedoch, wie gesagt, dieser Einwurf macht eine eigentliche Beantwortung ganz überflüssig. Ob nun gleich 4) in den Institutionen des Kaisers Justinian der Titel, worin von Erstattung der Proceßkosten gehandelt wird, de poena temere litigantium überschrieben ist: so kann doch dieser un-

eigentliche Ausdruck [5]) die Sache an sich nicht ändern, und diejenigen, welche gleichwol dadurch irre geleitet worden sind, haben wol nicht bedacht, a) daß man bloß wegen der Rubrik des Titels doch unmöglich alles, was darin vorkommt, als Strafe ansehen könne, ohne Rücksicht, ob es nach Vernunft und Recht dahin gehört oder nicht; b) daß die Erstattung der Kosten im Titel selbst keine Strafe genannt wird, daß aber sonst freilich eigne Strafen darin vorkommen; c) daß der Ausdruck poena nicht selten im Römischen Rechte so uneigentlich vorkommt, und da gebraucht wird, wo kein Vernünftiger etwas anders, als Entschädigung finden wird. So zum Beispiel muß bekanntlich derjenige, welcher vorsätzlich das Erscheinen des Beklagten vor Gericht behindert, dem Kläger dasjenige vergüten, was ihm dadurch im Wege Rechtens entgeht, oder wie es in den Gesetzen heißt: Actio in factum adversus eum competit, quanti actoris interfuit, in quo iudicio deducitur, si quid amiserit actor ob eam rem [6]). Was ist dies anders als Schadensersetzung? Und gleichwol sagt Ulpian bei dieser Gelegenheit: Si plures dolo fecerint, omnes tenentur, sed si vnus praestiterit poenam, caeteri liberantur, cum

5) Eichmann Erklärung des bürgerlichen Rechts Th. 1. S. 15.

6) L. 3. pr. de eo, per quem fact. est, quo minus quis etc.

nihil intersit [7]). Von eigentlichen Strafen gilt sonst bekanntlich die Regel: uno soluente reliqui non liberantur. Dergleichen kann also hier unstreitig unter dem Ausdruck poena nicht gemeint seyn. In den Römischen Gesetzen wird auch von einer poena secundarum nuptiarum geredet, aber noch Niemand hat behauptet, daß dabei der eigentliche Begriff der Strafe durchgehends anzuwenden sey. Käme es nun noch darauf an, meine obige Behauptung mit dem Ansehen anderer Rechtsgelehrten zu bestärken; so fehlt es auch daran nicht, wie die Note zeigt [8]). Daß es übrigens in Ansehung der

7) L. 1. §. 4. eod. Eben diese uneigentliche Bedeutung zeigt sich auch in L. 40. D. de Reb. cred. L. vit. D. de eo, quod certo loco. L. vlt. D. de extraord. cogn.; princ. I. de obl. quae quasi ex delict. u. a. m.

8) Expensae, quas quis facto alterius ex suo facere coactus est, intuitu erogantis verum damnum sunt. Adeoque, si earum restitutionem vrget, vtique nil aliud, quam quod ex suo sibi patrimonio abest, recuperare intendit. Heisler de expensis criminal. §. 13. Seyfarth de compensat. expens. C. 1. §. 8. Temmen de litium expens. C. 8. n. 15 seq. Ganz vorzüglich verdient die Ausführung dieses Satzes gelesen zu werden, bei I. H. Böhmer de expens. crim. Cap. 3. §. 6. in exercit. ad Pand. Tom VI. p. 356. Daß auch neuerer Zeit mehrere Rechtsgelehrte dieser Ansicht der Sache beigestimmt haben, darf ich wol als bekannt annehmen. C. Martin Lehrbuch des Teutsch. gem. bürgerl. Processes §. 37. Gönner's allgemeine Grundsätze von den streitenden Theilen §. VI. im Handbuche des deutsch. gem. Processes 1. B. v. Bülow und Hagemann praktische Erörterungen IV. 49.

Folgen einen wichtigen Unterschied ausmache, ob man die Kostenerstattung als eine Strafe, oder als eine Entschädigung behandelt, ist leicht zu erachten. Nimmt man an, daß die Kostenerstattung nicht Schadensersatz, sondern Strafe sey, so wird man sich näher darüber zu erklären haben, ob man sie als öffentliche, oder als Privatstrafe betrachtet wissen wolle. Vermuthlich wird man das Letztere im Sinne haben, was aber doch bei den Criminalproceßkosten, die der Verurtheilte dem Staate zu vergüten hat, schon seine Schwierigkeit finden möchte. Und wie wird es dann 1) mit der Frage stehen: ob mehrere Theilnehmer eines Verbrechens in Ansehung der Kosten auch einzeln in solidum gehalten sind [9])? 2) mit der Frage: ob und in wiefern die Erben die Kosten bezahlen müssen, deren Erstattung ihrem Erblasser oblag [10]); 3) mit der Bestimmung des Vorzugs unter mehrern Gläubigern, wenn das Vermögen eines Angeschuldigten oder Verurtheilten zu aller Befriedigung

9) Quistorp Grundsätze des peinl. Rechts §. 820. Westphal Criminal-Recht in der 23sten und 169sten Anmerkung. Elsaesser von Bezahlung der Untersuchungskosten in peinl. Fällen bei mehrern Mitverbrechern: in den gemeinnütz. Jurist. Beob. IV. 5. verglichen mit H. Becker de natura et indole correalis obligationis. Rostoch. 1759. §. 18. und 21. und Vinc. Dreski de correali obligatione. Goett. 1777. §. 16.

10) G. I. F. Meister princ. iur. crim. §. 61. und 75. Quistorp a. a. O. §. 84. und 87. Derselbe in Beiträgen zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien S. 576. J. H. Böhmer a. a. O. §. 7. p. 358.

nicht hinreicht, und alsdann die Frage entsteht, welcher Platz eigentlich den rückständigen Kosten im Concursurtheile anzuweisen sey [11]? 4) mit der Anwendbarkeit des Grundsatzes: qui non habet in aere luat in corpore; soll etwa der in die Kosten Verurtheilte, wenn er sie nicht bezahlen kann, dafür mit Gefängniß oder eigentlichen Leibesstrafen belegt werden? (§. 13. Note 7). In allen diesen und mehrern Fällen wird man den unrichtigsten Behauptungen nicht ausweichen können, so bald man sich hier nur eine Strafe des ungerechten Processirens gedenkt. Daß aber insbesondere auch 5) die ganze Lehre von Vergütung der Proceßkosten nothwendig eine andere Richtung erhalten, und die Justizpflege auf gewissere Regeln sich zurückführen lassen werde, wenn man die Sache nach den Grundsätzen von der Schadenserseßung behandelt, wird sich bald näher ergeben. Wird nemlich nunmehr zweitens gefragt: Was ist in Ansehung der Proceßkosten, deren Vergütung und Compensation, den Rechten gemäß? so hat man freilich vor allen Dingen darauf Rücksicht zu nehmen, was die Vorschriften der positiven in Deutschland geltenden Gesetze in dieser Hinsicht mit sich bringen. Wo uns diese verlassen, oder wenigstens keine ausdrückliche und bestimmte Auskunft geben, da werden wir in der Analogie des bürgerlichen Rechts, und sodann in den Grundsätzen des Vernunftrechts von der Verbind-

11) Quistorp in Beiträgen N. 33. S. 489. und in den Grundsätzen des peinl. Rechts §. 821. J. H. Böhmer a. a. O. §. 15.

lichkeit, den Schaden, welchen andere durch uns gelitten haben, zu ersetzen, mit besonderer Hinsicht auf die Proceßführung, die Quelle der Entscheidung zu suchen haben.

§. 3. c.

Vom Ungehorsam der Parteien und einigen andern Vorgängen im Proceß, bei welchen die Verurtheilung zum Kostenersatz weniger Bedenken findet.

Die nächste Ursache der Verbindlichkeit zur Kostenerstattung, so weit hier davon zu reden ist, kann, wie schon §. 1. bemerkt ward, hauptsächlich eine dreifache seyn. Man muß dem Gegner Kosten bezahlen, 1) weil man sie durch Nichtbefolgung gerichtlicher Vorschriften verursacht, 2) weil man zu vergeblichen Auftritten oder Handlungen vor Gericht und den damit verbundenen Kosten Anlaß gegeben, 3) weil man in der Sache selbst, worüber gestritten wird, Unrecht, und in Ansehung des bisherigen Streitens keine rechtsbeständigen Entschuldigungsgründe für sich hat. In den beiden ersten Verhältnissen des Processes ist der Kostenpunct durch bestimmte Gesetze, oder wenigstens durch allgemein anerkannte Rechtsregeln ziemlich in Gewißheit gesetzt. Nur die Frage ad 3, was am Ende eines gerichtlichen Streits, wenn dieser definitiv zu entscheiden ist, in Ansehung der Kosten des bisherigen Verfahrens überhaupt, in sofern sie in den ersten beiden Rücksichten nicht schon ihre besondere Bestimmung finden, den Rechten gemäß sey? erfordert wegen der verschiedenen Meinungen, welche dar-

über vorkommen, eine nähere Ausführung. Indeß wird es nicht ganz überflüssig seyn, zuvörderst auch über jene, weniger streitigen Verhältnisse hier noch einiges zu bemerken. Daß 1) die Kosten, welche durch Nichtbefolgung gerichtlicher Befehle, Citationen oder Decrete verursacht worden sind, von dem ungehorsamen Theile allein getragen und dem Gegner ersetzt werden müssen, ist bestimmten Vorschriften der Gesetze [1]) und unläugbaren Rechtsprincipien gemäß. Die Verpflichtung zum Kostenersatz ist hier immer Folge des Ungehorsams, er mag übrigens gegen dilatorische oder gegen peremtorische Verfügungen des Richters begangen seyn. In unsern Lehrbüchern wird bekanntlich diese Kostenerstattung mit dem Ausdruck poena contumaciae generalis bezeichnet. Sie ist wahrer Schadensersatz, und jener Ausdruck kann daher nicht anders, als in der vorhin erwähnten uneigentlichen Bedeutung verstanden werden. Nur die sogenannte poena contumaciae specialis, welche in der Verwirkung gewisser Rechte in Beziehung des Processes besteht, und allemal die Nichtbefolgung peremtorischer Citationen oder Decrete voraussetzt, kann als wirkliche Strafe des Ungehorsams angesehen werden.

2) In dem Römischen und Canonischen Rechte findet sich besonders, was den Ungehorsam des Klägers vor der Litiscontestation anlangt, die Vorschrift, daß es unter gewissen Bestimmungen, die ich hier übergehen darf, von der Wahl des Beklagten abhän-

1) L. 15. C. de iudiciis.

gen soll, ob er seinen Antrag auf Absolution von der Instanz und dem Kostenersatz richten, oder ob er auf den Fortgang der Sache dringen und diese einseitig zum Endurtheile instruiren wolle; da denn im letztern Falle der Kläger, wenn er sich in Jahresfrist zur Fortsetzung der Sache nicht eingefunden hat, selbst wenn diese für ihn und gegen den Beklagten entschieden wird, doch immer die Kosten des ganzen Processes allein tragen soll [2]. Eben so ist auch in der Reichskammergerichtsordnung vorgeschrieben, daß, wenn der Beklagte, zur Antwort auf die Klage peremtorisch aufgefordert, nicht erscheint, und daher lis pro negative contestata angenommen wird, die Sache vom Kläger in rechtlicher Ordnung fortgesetzt werden könne, der Beklagte aber bei fortdauerndem Ungehorsam auf jeden Fall, wenn auch am Ende für ihn entschieden würde, die Kosten des Processes dem Kläger vergüten solle [3]. In diesen Vorschriften findet Glück [4])

2) L. 73. §. 1. 2 D. de iud. L. 13. §. 2. L. 15. C. eod. Nov. 112. Cap. 3. Cap. 3. x. de dolo et contum. Cap. I. eod. in 6to. — In unsern Gerichten kann der Beklagte kürzer zum Ziele gelangen, und vermöge der anerkannten Zulässigkeit der Provocationen darauf antragen, daß dem Kläger binnen gewöhnlicher Rechtsfrist die Fortsetzung der Klage bei gänzlichem Verlust derselben aufgegeben werde. I. F. Malblanc princip. iur. Rom. sec. ord. Digest. P. I. §. 229.

3) Concept der Cammer-Gerichts-Ordnung Part. 3. Tit. 52. §. 3. verb. „Und ob vor dem ungehorsamen Theil „würde gesprochen, soll doch der gehorsame Kläger der „Kosten und Schäden erlediget werden."

4) Erläuterung der Pandecten Th. 3. §. 255.

die Erstattung der von ihm sogenannten Ungehorsamskosten des Processes besonders als Strafe bestimmt. Er unterscheidet hievon die Ungehorsamskosten versäumter Termine, wobei er zugiebt, daß durch selbige nur Schadensersatz geleistet werde. Ich leugne nicht, daß dieses einigen Schein für sich hat. Man könnte, was die Kosten der erstern Art betrifft, sagen: eine Partei, die in der Hauptsache am Ende doch verliert, hat die aufgewandten Kosten nicht sowol dem Gegner und dessen Ungehorsam, als vielmehr sich selbst und ihrem Bemühen, eine ungerechte Sache vor Gericht durchzusetzen, zuzuschreiben; sollen also diese Kosten dennoch vom Gegner ersetzt werden, so läßt sich hierin wol nur eine Strafe des Ungehorsams wahrnehmen. Bei näherer Ansicht der Sache finde ich aber doch Bedenken, jener Distinction und der daraus hergeleiteten Folge beizustimmen. Der Ungehorsam setzt in jedem Falle versäumte oder nicht beobachtete Termine voraus. Die erwähnten Ungehorsamskosten des Processes müssen also mit denen versäumter Termine, welchen sie hier entgegengesetzt werden, doch wieder zusammentreffen, weil ohne solche Versäumung kein Ungehorsam denkbar bleibt. Ist daher die Kostenerstattung in dem einen Falle Schadensersatz, so ist sie es auch in dem andern, sonst würden selbst die Kosten versäumter Termine, gegen Glück's eigene Behauptung, ebenfalls den Character der Strafe nicht ausschließen, weil sie nicht selten dem zu erstatten sind, der am Ende doch im ganzen Streite sachfällig wird. Recht oder Un-

recht in der Hauptsache, kann daher hier nicht in Betrachtung kommen und keinen Unterschied machen, wo es lediglich und allein nur zunächst auf Rechte und Verbindlichkeiten in Ansehung des gerichtlichen Verfahrens ankommt. Diesen handelt der ungehorsame Theil, er mag übrigens am Ende den Proceß gewinnen oder sachfällig werden, immer zuwider, indem er die Sache in eine Lage bringt, worin sie eigentlich den Rechten nach sich nicht befinden soll. Und wenn ihm daher die Gesetze die Verbindlichkeit auflegen, die Kosten, welche diese Lage der Sache veranlaßt hat, allein zu tragen, und solche dem Gegner zu ersetzen; so leistet er dadurch nichts anders, als Entschädigung dieses Gegners. Daß die in den Römischen Gesetzen auch bei dieser Gelegenheit vorkommenden Ausdrücke: poena, und poenalis sententia das Verhältniß der Sache selbst nicht ändern, vielmehr nur in der allgemeinen und uneigentlichen Bedeutung, in welcher poena jede nachtheilige Folge, die den Urheber einer Pflichtwidrigkeit als solchen trifft, bezeichnet, zu verstehen sey, ist nach Anleitung des Vorhergehenden hier nur beiläufig anzuführen. Gesetzt aber, man wollte auch mit Glück die Kostenerstattung in jenem besondern Verhältnisse als Strafe betrachten, so würde darum doch die Meinung dieses Rechtsgelehrten, daß den Erben des ungehorsamen Theils die Bezahlung solcher Kosten nicht obliege, wenn ihr Erblasser selbst nicht schon bei seinen Lebzeiten dazu verurtheilt wäre, keinesweges anzunehmen seyn, da L. 20. D. de accusat. dieses den Erben nur in Ansehung öffent-

licher Strafen zugesteht, folglich hier, wo doch höchstens nur von einer Privatstrafe die Rede seyn könnte, keine Anwendung gestatten würde.

3) Den Rechten nach sollten freilich Contumacialkosten auch schon im Laufe des Processes erstattet werden, sobald sich eine Partei des Ungehorsams schuldig gemacht, gerichtliche Termine versäumt, oder sonst Decrete des Richters nicht befolgt hat. Wenn es aber den Advocaten, denen übrigens die Verzögerung der Sachen gewöhnlich mehr, als den Parteien selbst, zur Last fällt, gestattet wird, in jedem Falle verwürkter Contumacialkosten, ein executivisches Verfahren wegen derselben einzuleiten, und, so wie der Fall wieder vorkommt, zu erneuern, so kann dies leicht die Folge haben, daß gewinnsüchtige Sachführer immer bedacht seyn werden, die Gerichtsacten mit einer Menge solcher besondern Implorationen wegen der Contumacialkosten anzuhäufen. Darum ist die Gewohnheit einiger Gerichte nicht ganz zu mißbilligen, welche den Ersatz gesammter Kosten des Ungehorsams bis zum nächsten Urtheile in der Hauptsache auszusezzen pflegen, um den unangenehmen Folgen der schon früher hierauf erkannten Zahlungsbefehle auszuweichen.

4) Die bekannte Regel: Fatua causa a dolo et contumacia excusat [5]) mag immer bei billigen Richtern Eingang finden, wenn es darauf ankommt, daß Jemand fato processus sein Recht verlieren soll.

5) L. 2. §. 1. D. Si quis in ius vocatus non ierit.

Sie mag also gegen die Präclusionen und überhaupt gegen die sogenannte poena contumaciae specialis einen Schutz gewähren. Aber wahre Ungerechtigkeit würde es seyn, wenn jener Rechtssatz auch dazu dienen könnte, den Ersatz der Ungehorsamskosten abzulehnen. Hat Jemand aus thörichten, mithin an sich verwerflichen Gründen, gerichtliche Verfügungen unbefolgt gelassen, so kann er, wenn ihm dies in der Sache selbst auch nicht nachtheilig werden soll, doch eben so wenig verlangen, daß dem andern Theile deshalb Kosten aufgebürdet werden.

5) Wenn es den Rechten nach Parteien nicht zu versagen ist, die von ihnen oder in ihren Nahmen geschehenen Anträge, oder eine Anfangs gewählte Art der Rechtsverfolgung danächst zu verändern, zu berichtigen, oder ganz aufzugeben, und nachdem sie es zweckmäßig finden, mit andern zu vertauschen, in sofern sie nicht durch rechtskräftige Urtheile, oder besondere rechtliche Bestimmungen darin beschränkt sind, was hier keine weitere Entwickelung erfordert, so versteht es sich doch in jedem Falle von selbst, daß derjenige, der zu einer solchen Verbesserung, Veränderung oder Vertauschung schreitet, den Gegner entschädigen muß, wenn sich ergiebt, daß grade das Abgeänderte und Berichtigte ihm Kosten verursacht habe, die er hätte entbehren können, wenn gleich Anfangs anders verfahren wäre. Man giebt dies auch gewöhnlich bei der A e n d e r u n g d e r K l a g e n im eigentlichen Verstande zu; es ist aber nicht abzusehen, warum es nicht auch bei der bloßen Verbesserung, Er-

klärung, oder Berichtigung gelten müßte, wenn die erwähnte Voraussetzung auch bei diesen vorkommt.

6) Bei dieser Gelegenheit wird über eine Römische Gesetzstelle, die vielleicht hier einige Schwierigkeit machen könnte, noch etwas zu sagen seyn. Nach L. 5. §. 1. C. de fructib. et lit. expens. soll der Kläger, welcher den Proceß aufgiebt, und der Beklagte, welcher bona fide Zahlung leistet, nicht in die Kosten verurtheilt werden: si quis bona fide solverit, aut actor lite destiterit — evitabit impensarum condemnationem. Eigentlich entscheidend ist diese Stelle in unsern Gerichten freilich nicht, da sie zu den non glossatis gehört. Aber, auch hievon abgesehen, kann es doch wol nicht füglich die Absicht eines vernünftigen Gesetzgebers gewesen seyn, jeden Kläger, nachdem er den Beklagten lange genug chicanirt und in Kosten gesetzt hätte, mit dem Ersatz der letztern zu verschonen, wenn es ihm etwa gefiele, noch vor der rechtskräftigen Entscheidung den bisherigen Streit aufzugeben und die Klage fallen zu lassen. Man wird daher genöthigt seyn, die Voraussetzung: bona fide, deren bei dem Beklagten gedacht wird, auch bei dem Kläger zur Bedingung zu machen, mithin die Befreiung vom Kostenersatze auf den Fall einzuschränken, wenn er in Dingen, die er ignoriren durfte, dem Beklagten nachgiebt, oder erst im Laufe des Processes von der Wahrheit derselben überführt wird, und daher seine Klage fallen läßt. Nur in dieser Voraussetzung wird gesagt werden können, daß er bona fide den angefangenen Streit wieder aufgegeben habe. Eben

so wird von dem Beklagten, daß er bona fide durch Befriedigung des Klägers den Streit beendigt habe, nur dann zu behaupten seyn, wenn er in Sachen, mit deren Unwissenheit er sich entschuldigen, und worüber er die Beweise vom Kläger erwarten durfte, entweder dem Letztern gutwillig nachgiebt, oder nach beigebrachten Beweisen, die Zahlung leistet. Auf andere Fälle also, wo der Kläger die Klage fallen läßt, weil er sieht, daß er nicht durchkommen kann, oder sie nicht zweckmäßig findet, und wo er sich mit der Unwissenheit der streitigen Verhältnisse nicht entschuldigen kann, würde das angeführte Gesetz, wenn es auch in unsern Gerichten geltend wäre, nicht anzuwenden seyn. Und der Beklagte kann sich ebenfalls nicht darauf berufen, wenn er, ohne rechtsbeständige Entschuldigungsgründe für sich zu haben, bisher gestritten hat, und es jetzt etwa gerathen findet, lieber die Forderung des Klägers gutwillig zu erfüllen, als noch Kosten obendrein bezahlen zu müssen. Die Königl. Preußische Proceßordnung I. 23. 20. ꝛc. verpflichtet denjenigen, welcher im Fortgange der Sache dem Processe entsagt, zum Ersatz der dem Gegentheile bis dahin aufgelaufenen Kosten, und nimmt hievon ausdrücklich nur diejenigen Fälle aus, wo die Entsagung unter Umständen geschieht, welche dem Verzichtenden in Ansehung der Nichtkenntniß der streitigen Gegenstände eine Entschuldigung gewähren. „Gleiche Bewandniß," wird hinzugefügt, „hat es, wenn Jemand der ergriffenen „Appellation oder Revision entsagt; denn alsdann „muß er dem Gegner die in dieser Instanz etwa schon

„gehabten Kosten erstatten; wegen der Kosten der vo=
„rigen Instanz aber hat es bei dem diesfälligen Urtel
„sein Bewenden. Wird eine Sache durch Vergleich
„abgethan, und es ist darin wegen der Kosten nichts
„ausdrückliches festgesetzt worden; so soll angenom=
„men werden, daß die Parteien sich deren Compensa=
„tion haben gefallen lassen. Inzwischen soll diese Vor=
„schrift die Deputirten und Instruenten nicht berech=
„tigen, bei dem Vorschlage und der Abschließung der
„Vergleiche den Kostenpunct geflissentlich zu über=
„gehen."

§. 3 d.

Von den Kosten des verlornen Rechtsstreits überhaupt.

Jetzt wird die Hauptfrage näher zu erörtern seyn, was am Ende eines Rechtsstreits in Ansehung des Kostenpunctes, in sofern dieser nicht schon in den besondern bisher angeführten Verhältnissen seine Bestimmung findet, den Rechten gemäß sey. Nach sorgfältiger Vergleichung der hierüber vorhandenen Vorschriften der gemeinen Rechte glaube ich behaupten zu können: daß der verlierende Theil der Regel nach die Proceßkosten bezahlen müsse — daß diese Regel zwar Ausnahmen leide, die aber in gemeinrechtlich geltenden Gesetzen so wenig genau bestimmt sind, daß wir nothwendig auf die Natur der Sache und die allgemeinen Grundsätze von der Schadensersetzung zurückgehen,

gehen, und darnach die Zulässigkeit der Ausnahmen bestimmen müssen. Nach diesen Grundsätzen wird sich aber weiter ergeben, daß von jener Regel darum noch keine Ausnahme zu machen sey, weil etwa dem verlierenden Theile kein böser Vorsatz oder supina negligentia in Ansehung der Proceßführung zur Last fällt, sondern daß es darauf ankomme, ob der verlierende Theil sich mit Recht auf einen gänzlich schuldlosen Irrthum dergestalt berufen könne, daß er deshalb auch von der Verbindlichkeit, den Gegner in Ansehung der Kosten zu entschädigen, sich loszählen darf. Nach Hennemann's Theorie soll aber die Sache in den Gesetzen ganz klar dahin bestimmt seyn, daß der sachfällige Theil, als solcher, gar nicht, sondern nur dann in die Kosten verurtheilt werden könne, wenn aus den Acten erhellet, daß er wissentlich eine ungerechte Sache durchzusetzen gesucht, kurz, sich einer eigentlichen calumniae schuldig gemacht habe; daß aber ein Jeder, welcher bona fide seine Sache gerecht glaubte, von Erstattung der Proceßkosten befreiet sey, es wäre denn, daß ihm eine vom bösen Vorsatz fast nicht zu unterscheidende Nachlässigkeit, culpa lata, zur Last fiele. Dies ist, wie man uns überreden will, so bestimmt in den Gesetzen vorgeschrieben, daß alle weitere Untersuchung der Sache nach Analogie und Naturrecht hier ganz über-

flüssig wird. Wir wollen daher sehen, was die Gesetze über unsern Gegenstand verordnen. L. 13. §. 6. C. de iudiciis enthält die Vorschrift: Omnes iudices sciant, victum in expensarum causa victori esse condemnandum. Ehe ich weiter gehe, muß ich gleich einen Einwurf kurz beantworten, der mir bei Gelegenheit dieses Gesetzes gemacht ist, daß ich nämlich die Worte desselben nicht vollständig angeführt hätte; eigentlich sey die ganze Stelle, worauf es hier ankäme, diese: Omnes iudices sciant, victum in expensarum causa, (Hier setzt Hennemann ein Komma, welches man sonst nicht findet) victori esse condemnandum, quantum pro solitis expensis litium iuraverit. Nach seiner Meinung entscheidet nun das Gesetz gar nicht die Frage: Wer die Kosten bezahlen solle; sondern es bestimmt nur, wie viel derjenige, der im Kostenpunkte überwunden ist, bezahlen solle. Also hätte ich mich, bei Anführung des erwähnten Gesetzes, einer wichtigen Unterlassungssünde schuldig gemacht. Ich kann dieses nicht einräumen, und halte mich keinesweges davon überzeugt, daß die ganze Stelle des Gesetzes bloß den Punkt der Summe, nicht aber auch die Frage: Wer in die Kosten verurtheilt werden müsse? zum Vorwurf habe. Wenn man sich unter dem victo, dessen das Gesetz erwähnt, nicht denjenigen Theil, der in der Hauptsache verloren hat, sondern nur den, der im Kostenpunkte unterliegt — victum in expensarum causa — gedenkt, und diesem zur Bedeckung ein Komma mitgiebt, welches unsere Rechtsbücher bisher noch

nicht gehabt haben: so kann sonst freilich ein solches Unterscheidungszeichen mehr oder weniger viel helfen; allein hier wird ein Jeder, dem es nur gefällt, das Gesetz, seinem ganzen Inhalte nach, zu prüfen, dieses critische Hülfsmittel sehr vergeblich, und den victum in expensarum causa sehr gezwungen finden. Denn nachdem in dem vorhergehenden 5ten Paragraph des Gesetzes der Fall bestimmet worden, da der Ungehorsam des einen Theils noch keine Verurtheilung in der Hauptsache, sondern blos die Erstattung der Kosten nach sich ziehen konnte: so wird im 6ten Paragraph der Fall eines völlig entschiedenen Streits bestimmet: Sive autem alterutra parte absente, sive vtroque praesente lis fuerit decisa, omnes iudices sciant etc. und so heißt es, daß der Unterliegende, victus, d. i. wie die vorhergehenden Worte deutlich zeigen, der in der Hauptsache verliert, (denn davon ist ja hier die Rede) allemal auch in die Kosten verurtheilt werden solle — in expensarum causa victori esse condemnandum; und zwar mit dem Zusatze: quantum pro solitis expensis victor iuraverit. Das letztere konnte ich aber um so mehr weglassen, weil es auf die Größe der Kosten hier nicht ankam. Ich weiß es wohl, daß es auf die Richtigkeit einer Erklärung der Gesetze keinen Einfluß hat, wie viele Ausleger darin übereinstimmen; wenn aber die Regel, welche ich zu vertheidigen suche, in dem angeführten Gesetze so offenbar nicht enthalten ist, daß nur eine unvollständige Anführung der Worte

zur Mißdeutung Anlaß geben konnte: so muß man beinahe ein Wunder annehmen, wenn man siehet, daß fast alle Rechtslehrer, welche über Proceßkosten geschrieben haben, in dem angeführten Gesetze den allgemeinen Satz, daß der Unterliegende die Kosten bezahlen müsse, bestärkt gefunden, dagegen aber die Worte, welche Hennemann bemerklich macht, ganz übersehen haben [12]. Ich könnte aber diese Beweisstelle selbst ganz aufgeben, und es blieben mir doch immer noch Gesetze genug übrig, um meinen Satz zu rechtfertigen. So weit es hier auf den Sinn der Römischen Gesetze im Ganzen ankommt, darf ich mich zuförderst mit Recht auf L. 5. C. de Fructib. et lit. expens. berufen, obgleich sonst diese Stelle nicht glossirt ist, sondern zu den Schätzen des ältern Rechts gehört, mit deren Herstellung uns der critische Fleiß des Cujaz beglückt hat. Quivis iudex in sententia sua iubeat, victum, factos in iudicio sumtus praestare. — Si quis vero conventus bona fide solverit, aut actor a lite destiterit, aut etiam iudex inveniat eum non calumniatorem, sed de re dubia litigantem, hic euitabit impensarum condemnationem. Was kann deutlicher seyn, als die allgemeine Vorschrift gleich zu Anfange des Gesetzes. Unstreitig enthält

12) Vinnius ad §. 1. I. de poena temere litigant. n. 3. Struv. Syntagm. iur. civil. exercit. 44. §. 6. Claproth ordentlich. Proc. §. 203. Hopp. ad §. 1. I. de poena temere litig. n. 3. Voet. Comment. ad Pand. Tit. de re iud. n. 21. Gail Lib. I. Obs. 151. n. 21. u. a. m.

sie die Regel, wornach der Richter verfahren soll, mithin gerade das, was ich behaupte. Nun folgen zwar einige Ausnahmen, und unter diesen auch: Si iudex eum non inveniat calumniatorem — allein ich bitte sehr, die folgenden Worte: sed de re dubia litigantem, wohl zu erwägen. Diese zeugen im Zusammenhange des ganzen Gesetzes deutlich genug, daß die Absicht nicht sey, nur dem eigentlichen calumniator allein die Verbindlichkeit der Kostenbezahlung aufzulegen. Wie sonderbar und unzutreffend wäre alsdann die allgemeine Vorschrift: victum factos in iudicio sumtus praestare debere; sondern offenbar soll die Abwesenheit der calumnia allein noch nicht genügen, um die Proceßkosten zu compensiren. Dies erfordert vielmehr non calumniatorem, sed de re dubia litigantem. Soll aber das Zweifelhafte dem Verlierenden wirklich zu Statten kommen: so muß es, nach vernünftiger Auslegung, so beschaffen seyn, daß die ungerechte Proceßführung ihm gar nicht zur Last fallen könne. Davon in der Folge mit mehrerm, wenn wir diese Ausnahmen näher untersuchen werden. — Hiernächst enthält auch L. 79. D. de iudiciis die Bestätigung meines Satzes: Eum, sagt Ulpian, quem temere aduersarium suum in iudicium vocasse constitit, viatica, litisque sumptus aduersario suo reddere oportebit. — Daß hier nicht bloß derjenige gemeint sey, dem ein böser Vorsatz zur Last fällt, sondern überhaupt ein jeder, welcher eine Sache vor Gericht durchzusetzen gesucht hat, die am Ende wider ihn ausgefallen ist, wird

man mir zugeben müssen. Und wenn meine Gegner unter den temere litigantibus, welche den Rechten nach in die Kosten verurtheilt werden sollen, sich nichts anders als eigentliche calumniatores, frevelhafte und vorsetzlich ungerechte Proceßführer gedenken: so überlasse ich es einem Jeden, wie er das mit den classischen Schriftstellern, ja selbst mit den Römischen Rechtsgelehrten, welche mit jenem Ausdruck einen ganz andern Sinn verbinden, werde ausmachen können. Wer seinen Geßner bei dieser Gelegenheit einmal wieder nachsehen will, der wird eine Menge von Beweisstellen finden, die ihn hoffentlich überzeugen werden, daß die Alten unter temere handeln, immer nur so viel verstanden haben, als vergeblich, aufs Gerathewohl etwas unternehmen, und wie Geßner unter andern selbst bemerkt: plus audere quam oportet. Dies nun auf unsern Vorwurf angewandt; so dürfte das Prädicat eines temere Litigirenden, nach dem wahren und ächten Sprachgebrauche, mit Recht demjenigen beigelegt werden, welcher vergeblich gestritten, das ist, vor Gericht etwas durchzusetzen gesucht hat, was er am Ende nicht erreichen konnte, sondern was durch Urtheil und Recht verworfen werden mußte. Wem dies durch die Stellen aus den classischen Schriftstellern am gedachten Orte noch nicht genug bewiesen scheint, und wer daher da, wo die Gesetze den temere litigantibus die Kostenerstattung auflegen, mit Hennemann noch fragen mag: „Sind das nicht Chicaneurs, deren „Verbrechen wissentliche Ungerechtigkeiten in sich

„schließt?" dem muß ich wol folgende Stellen aus unsern Gesetzen selbst zur Nachlese empfehlen. In L. 1. §. 17. D. de Separationibus heißt es: Si tamen temere separationem petierunt creditores defuncti, impetrare veniam possunt, iustissima scilicet ignorantiae causa allegata. Sehet da eine Partei, die temere etwas gesucht hat, und gleichwol die gerechteste Ursache des Irrthums und der Unwissenheit vor sich gehabt haben kann. Diese angeführten Worte sind noch dazu gleichfalls von Ulpian, aus dessen Schriften die obige L. 79. D. de iudiciis entlehnt ist. Und wenn vollends in einem andern Gesetze der calumniator von dem, der bloß temere litigirt hat, dergestalt unterschieden wird, daß durchaus von Letzterm nicht auf den Erstern soll geschlossen werden können: so glaube ich einer weitern Erläuterung mich überheben zu dürfen. L. 1. §. 5. D. ad S. C. Turpill. enthält folgende Worte des Marcian: Quaeri possit, si ita fuerit interlocutus, Lucius Titius temere accusasse videtur; an calumniatorem pronunciasse videatur? Et Papinianus, temeritatem facilitatis veniam continere, et inconsultum calorem calumniae vitio carere; et ob id hunc nullam poenam subire oportere. — Mir deucht, es ist hier sehr einleuchtend, daß mit der temeritate litigandi eine gänzliche Abwesenheit des bösen Vorsatzes, und auch der Mangel des doli praesumti, oder der groben Fahrlässigkeit, gar wohl bestehen könne. Denn wie mag die letztere facilitatis

veniam verdienen, worauf doch temeritas litigandi allenfalls noch einen Anspruch machen kann? Wenn es nun gleichwol in den Gesetzen ausdrücklich heißt, daß temere litigans die Kosten bezahlen solle: so sieht, glaube ich, ein Jeder, daß dies nichts anders heiße, als daß der verlierende Theil, der Regel nach, dazu verurtheilt werden müsse.

Mit diesem bisher, wie ich glaube, genug bewiesenen Satze kann übrigens alles dasjenige gar wohl bestehen, was die Gesetze insbesondere von dem Falle verordnen, da der sachfällige Theil als eigentlicher Chicaneur befunden wird. Ich bitte nur, das bekannte vnius positio non est alterius exclusio, dabei nicht außer Acht zu lassen. Immerhin mag daher die, nach dem ältern Römischen Recht Statt gefundene Klage der Gefährde, worüber Hennemann wirklich viel Gutes gesagt hat, nach neuern Gesetzen abgeschafft, und dagegen verordnet seyn, daß der muthwillige Chicaneur die Kosten bezahlen solle: so folgt ja doch daraus noch nicht, daß ausser dem vorsätzlich ungerechten Proceßführer Niemand in die Kosten verurtheilt werden könne. Dies wird man in keinem Gesetze verordnet finden. Alles also, was bei Gelegenheit actionis calumniae, und aus dem Titel der Pandecten ad S. C. Turpillianum gegen meine Behauptung angeführt worden ist, hat auf unsern Gegenstand gar keinen Einfluß, da ohnehin der gedachte Titel nur die Chicane der öffentlichen Ankläger, welche Jemanden ohne Grund eines Ver-

brechens beschuldigten, zum Vorwurf hat [13]). Und wenn im §. 1. I. de poena temere litigantium die Worte vorkommen: Improbus litigator damnum et impensas litis adversario suo inferre cogatur: so wird doch weder dabei verordnet, noch läßt es sich aus dem Zusammenhange der Stelle im mindesten darthun, daß dieses ausschließend nur allein von dem vorsätzlichen Chicaneur zu verstehen sey. Vielmehr wird das Gegentheil schon dadurch sehr einleuchtend, daß an eben gedachtem Orte auf der einen Seite allen streitenden Theilen der allgemeine Eid für Gefährde zur Pflicht gemacht, auf der andern Seite aber gleichwol die Verurtheilung in die Kosten hinzugefügt, welches letztere also, wenn es bloß von dem muthwilligen Chicaneur verstanden werden soll, so gut als vergeblich seyn würde, weil der Eid für Gefährde gegen diesen Vorwurf hinlänglich sichert [14]). Giebt man aber zu, was auch wol nicht zu leugnen ist, daß das iuramentum calumniae vom Kostenersatze nicht befreie: so wird man auch einräumen müssen, daß dieser nicht bloß als Folge der durch jenen Eid abgelehnten vorsätzlichen Chicane und derselben gleichzuachtenden groben culpa zu betrachten sey. So viel zuvörderst, was unsere Regel anbetrifft, vom Römischen Rechte; damit stimmen aber auch die Vorschrif-

13) Brencmann ad L. Remmiam Cap. 20. Ejusd. Fata calumniatorum sub imperatoribus, beim Otto in Thesauro T. 3. p. 1573. und 1654. Brisson. Antiquit. Lib. 3. Cap. 17.

14) Vinnius ad §. 1. I. de poena temere litigantium. Hopp. comment. ibid. n. 3.

ten des canonischen Rechts überein: z. B. Cap. 4. X. de poenis, in den Worten: Calumniam, et audaciam temere litigantium condemnando in expensas, et alio multiplici remedio compescit sanctio imperialis. Quoniam igitur sacris institutis consonare dignoscitur, praecipimus vt de caetero in causis pecuniariis victus victori in expensis condemnetur. Eben diese Regel findet sich in mehrern Stellen des päbstlichen Rechts [15]), und so auch endlich in unsern deutschen Reichsgesetzen bestätigt. Nichts kann deutlicher seyn, als was der Visitationsabschied vom Jahr 1713. §. 82. hierüber verordnet: „damit auch keine Partei an die„sem höchsten Gericht sonder sattsamen Grund eine „Rechtfertigung führe oder verfolge, und dadurch dem „collegio camerali unnöthige Mühe, denen andern „Parteien Verzögerung ihrer rechtmäßigen Sachen, „seinem Gegentheil aber ungebührliche Kosten, und „Aufenthalt desselben Befugniß mache: so soll die „Vergleichung der Kosten ohne genugsame Ur„sachen in denen Urtheilen nicht geschehen, sondern „vielmehr der verlierende Theil in dieselbe „verurtheilt und der obsiegende dazu ge„bührend verholfen werden." — Ich kann freilich nicht dafür, daß Hennemann, welcher diesem Reichsgesetze die Kraft einer allgemein verbindenden Vorschrift absprechen, und dasselbe nur für das Reichskammergericht verbindlich halten will, auf den

15) Cap. 36. X. de Testib. Cap. 59. X. de Appellat. Cap. 3. X. de eo qui mittitur c. 27. C. 2. Q. 6.

137sten Paragraph des jüngsten Reichsabschieds keine Rücksicht genommen hat. — Neuere Gesetzgebungen haben gleichfalls den Grundsatz, daß der sachfällige Theil dem andern die Kosten ersetzen müsse, als Regel sanctionirt, ohne dies nur auf die Fälle des vorsätzlich ungerechten Streitens oder der groben Nachlässigkeit einzuschränken. Von sonst bestimmten Ausnahmen wird in der Folge die Rede seyn. Nach der Königl. Preußischen Gerichtsordn. II. 23. 2. soll die Compensation der Kosten in erster Instanz der Regel nach niemals Statt finden, sondern derjenige, welcher in der Hauptsache unterliegt, soll auch jedesmal dem Gegentheile die Kosten zu erstatten angehalten werden. — Der Französische Code de procédure setzt im Allgemeinen den Satz fest, daß jede Partei, die den Proceß verliert, in die Erstattung der Unkosten verurtheilt werden solle. Art. 130. Toute partie qui succombera sera condamnée aux dépens. — Nach der bürgerlichen Proceßordnung für das Königr. Westphalen Art. 86. soll jedes Endurtheil über die Proceßkosten entscheiden, und dazu immer der unterliegende Theil verurtheilt werden, wenn gleich nicht darum nachgesucht wurde.

§. 4.

B) Von der Compensation der Kosten; — vermeinter Grund derselben ex probabili litigandi causa — Versuch einer richtigern Bestimmung der Sache nach den Grundsätzen vom Schadensersatze.

Die bisher angeführten Gesetze zeigen nun deutlich genug, was, der Regel nach, in Ansehung der Proceßkosten den Rechten gemäß ist; und wirklich dürfte man bei genauerer Prüfung es überhaupt dem Endzwecke der Justizpflege am angemessensten finden, wenn das Unterliegen in der Hauptsache allemal, und ohne weitere Einschränkung, die Verurtheilung in die Kosten zur Folge hätte [1]). Denn der Fall, da der verlierende Theil, wenn er die Kosten bezahlen muß, sich über erlittenes Unrecht mit Grunde beklagen könnte, ist ungleich seltener, als der entgegengesetzte Fall, da dem Sieger durch Vergleichung der Kosten viel zu nahe geschiehet. Ueberdem setzt die Compensation der Kosten, wenn sie anders mit Vernunft und Recht nicht offenbar im Widerspruch stehen soll, zum voraus, daß der verlierende Theil nach guten Gründen seine Sache für gerecht gehalten habe, und daß derselbe mit Beistand der Rechte wegen der vergeblichen Proceßführung völlig entschuldigt sey. Hieraus ist aber leicht zu erachten, wie viele Schwierigkeiten sich bei der wirklichen Anwendung nothwendig hervorthun müssen, wenn es darauf ankommt, dieses gehörig auszumitteln.

1) Reinharth de errorib. pragmat. in compens. expensar. §. vlt.

Ich glaube daher nicht, daß die Gesetzgebung den Vorwurf einer Härte verdienen würde, wenn sie dem, der doch einmal in der Streitsache selbst unrecht hat, auch allemal die Ersetzung des Schadens auflegte, den er durch seine vergebliche Proceßführung verursacht hat. Da indeß die gemeinen Rechte die Entschuldigungsgründe, welche dem verlierenden Theile etwa zu Statten kommen könnten, nicht ganz verwerfen, vielmehr im Allgemeinen selbst Ausnahmen von der obigen Regel zulassen, so ist es nothwendig, auch hierüber vor allen Dingen die Gesetze selbst zu hören, ob sie gleich äußerst unbestimmt in diesem Puncte geblieben sind. Die Nov. 82. C. 10 sagt nur beiläufig: Si tamen perspexerit iudex, neutrum litigantem sumtuum subdere rationi propter negotii forte varietatem, hoc ipsum decernat sua sententia. L. 78. §. 2. de Legat. 2. enthält die Worte des Papinian: Etiam respublica fideicommissi post moram vsuras praestare cogitur; sed damnum, si quod ex ea re fuerit secutum, ab his sarciendum erit, qui post dictam sententiam iudicatum soluere supersederunt. Nec aliud seruabitur in litis sumtibus, si ratio litigandi non fuit. Ignauiam etenim praetendentes audiri non oportere. In der vorhin schon angeführten L. 5. §. 1. C. de fruct. et litium expensis heißt es: Si iudex inveniat eum non calumniatorem, sed de re dubia litigantem, hic euitabit impensarum condemnationem.

Bei einem solchen Mangel einer ausdrücklichen nähern Bestimmung, wird es nun wol Niemandem

unerwartet seyn, daß die Ausleger und Rechtsgelehrten über die Frage: Wann eigentlich die Proceßkosten zu vergleichen seyen? in ihren Meinungen gar sehr getheilt sind [2]. Vinnius sagt: iudicis religioni et prudentiae hoc aestimandum relinquitur; neque tam ex iure scripto, quam ex usu iudiciorum peti debet [3]. Das ist denn freilich eine sehr unsichere Entscheidungsquelle; vielmehr erfordert es die Nothwendigkeit, daß die Sache keinesweges dem bloßen Gutbefinden der Gerichte überlassen, sondern nach gewissen Grundsätzen näher berichtiget werde. Indessen scheint die gewöhnliche Theorie der Rechtsgelehrten hievon noch sehr entfernt zu seyn. Vermöge derselben soll der verlierende Theil mit Vergütung der Proceßkosten verschonet werden, wenn er anscheinende Gründe für sich gehabt hat, wodurch er sich zu einem guten Ausgange Hoffnung machen konnte. Ein Jeder siehet aber, ohne meine Erläuterung, daß solchergestalt

2) Man sehe außer den §. 1. Note 6. angeführten Schriftstellern annoch Geo. Guil. Kuhlewein de compensandis litium expensis, Lips. 1692. Jo. Ad. Pfo de causis expensarum litis victori a victo non refundendarum, sed compensandarum, Alt. 1731. Tob. Jac. Reinharth de erroribus pragmaticorum in doctrina de compensatione expensarum litis, Erford. 1731. Joa. Frid. Seyfarth Diss. de compensatione expensarum inter litigantes, Halae 1740. Mehrere einzelne Schriften über die Vergleichung der Kosten aus gewissen besondern Gründen werde ich in der Folge anführen.

3) Arnold Vinnius Comment. ad Institut. Lib. IV. Tit. XVI. §. 1. p. m. 889. so auch Voet Comm. ad Pandect. Lib. XLII. Tit. 1. §. 21. 22.

die Verurtheilung in die Kosten, und deren Compensation, von einer Sache abhänge, welche in der Anwendung nicht unsicherer und schwankender seyn kann. Und wer nicht ganz ohne alle Erfahrung in gerichtlichen Streitigkeiten ist, wird es nicht in Abrede ziehen, daß unter dem Vorwande der anscheinenden Gründe, und der sogenannten probabilis litigandi causa, von Zeit zu Zeit eine Menge Ungerechtigkeiten in Ansehung der Proceßkosten vorgehen, und durch die Compensation derselben dem obsiegenden Theile häufig alles, was er durch einen langwierigen Streit erfochten hat, wieder vereitelt werde. Sollen Scheingründe, welche beim ersten Anblick die Sache des verlierenden Theils als gerecht darstellen, ihn in Ansehung der Proceßführung entschuldigen: so wird aus der Compensation der Kosten am Ende nichts anders, als eine Belohnung der Kunstgriffe, Trugschlüsse und feinen Wendungen, wodurch es der Chicane gelungen ist, einer ungerechten Sache einen blendenden Anstrich, und Schein des Gerechten, zu verschaffen. Die Sache ist von der Wichtigkeit, daß es sich wohl der Mühe verlohnt, etwas näher zu untersuchen, ob nicht das willkührliche Ermessen der Gerichte, in dieser Hinsicht, durch bestimmtere Grundsätze des Rechts zu beschränken sey? Folgende Betrachtung dürfte vielleicht hiezu den Weg bahnen, wenn wir zuvörderst die Verbindlichkeit des verlierenden Theils nach den allgemeinen Grundsätzen von der Schadensersetzung gehörig zu bestimmen, und sodann zweitens dasjenige, was eine Befreiung von dieser Verbindlichkeit zum Vortheile des

sachfälligen Theils bewirken kann, etwas genauer zu erörtern und auf gewisse Regeln zu bringen suchen.

§. 5.

Fortsetzung; der sachfällige Theil haftet wegen der Kosten nicht bloß in Fällen eines vorsätzlichen Unrechts oder der groben Unachtsamkeit, sondern ist allemal in die Kosten zu verurtheilen, wenn ihm nicht besondere Entschuldigungsgründe hiegegen zu Statten kommen.

Der Unterschied, ob eine unerlaubte Handlung vorsätzlich, oder aus Versehen und Unachtsamkeit, begangen worden, ist allemal von wichtigem Einflusse auf die Entscheidung, sobald es auf die Zuerkennung einer eigentlichen Strafe ankommt [1]. Hingegen, dem Beleidigten den Verlust zu vergüten, den er durch uns mit Unrecht leidet, dazu verbindet uns auch die geringste Unachtsamkeit, sobald nicht von Verhältnissen die Rede ist, welche aus Verträgen entstehen, wobei ein geringerer Grad des Fleisses erfordert wird. In Lege Aquilia et levissima culpa venit, sagt Ulpian in L. 44.D. ad l. aquil. Es ist gar nicht abzusehen, warum dieses, wie Hennemann behaupten will, bloß bei körperlichen Verletzungen, und nicht bei Beschädigungen anderer Art gleichfalls anwendbar seyn soll. „Wegen dieser," sagt mein Gegner, „geben die Gesetze actionem in factum sive „praescriptis verbis; eine in jeder Hinsicht „minder strenge Klage. Bei derselben haben in Ansehung

1) Gmelin über Verbrechen und Strafen §. 10.

„sehung des Grades der Nachlässigkeit, welche ihr Fun=
„dament abgeben soll, eben die Regeln statt, die bei
„Contracten statt haben. Argum. L. 16. §. 2. D.
„de praescript. verb. Man vergleicht das Geschäft,
„in dem der Schade geschehen, mit einer der bekann=
„ten Contracts=Arten, und deren Natur, untersucht,
„zu wessen Vortheile es abzweckte, und findet so die
„Norm für die zu prästirende Schuld. Schon dar=
„um kann denn ein Processirender seinem
„Gegner zum höchsten Fleiße nicht gehal=
„ten seyn." — — — Zuvörderst möchte wol schwer=
„lich zu beweisen seyn, daß bei der Klage in factum
wegen eines Schadens, der nicht aus körperlicher Ver=
letzung herrührt, in jeder Hinsicht, und beson=
ders auch im Betreff des Grades der Fahrlässigkeit,
gelindere Grundsätze, als bei der eigentlichen Klage
aus dem Aquilischen Gesetze, statt finden. — Die an=
geführte L. 16. §. 2. D. de praescr. verb.
enthält durchaus gar nichts, was irgend hieher gezo=
gen werden könnte. Und wie sich bei Beschädigungen,
die nicht in körperlichen Verletzungen bestehen, allemal
ein gewisser Contract angeben lasse, mit welchem der
Vorgang verglichen, und so der Grad der Schuld be=
stimmt werden kann? ist ein Problem, dessen Auflö=
sungsart ich nicht begreife. Hier ist zum Beispiele ein
Fall, wobei man diesen Vergleich versuchen mag.
Wenn ich aus Unachtsamkeit den Käfigt öffne, und
einem seine Vögel heraus fliegen lasse, so findet, nach
Vorschrift §. vlt. Inst. de Lege aquilia, die actio

in factum statt. — Mit welchem Contracte dieser Vorgang aber wohl zu vergleichen seyn mag, um den Grad der culpa danach zu bestimmen? Wenn es doch einmal darauf ankommt, alle unsere rechtlichen Wahrheiten aus Justinians Gesetzbuche zu beweisen, so scheint mir wenigstens die Schlußfolge ungleich richtiger, daß, da die eigentliche Klage aus dem Aquilischen Gesetze, welche doch poenalis ist, sogar in den Fällen statt findet, wo der Schade aus einer culpa leuissima herrührt, eben diese auch bei der actione in factum, welche nur bloß auf Schadensersetzung gehet, ein richtiges Fundament abgeben müsse. Hat es aber gar seine Richtigkeit, was schon Thomasius in der bekannten Abhandlung über das Aquilische Gesetz ausführt, daß in unsern Gerichten die Lehre von der Schadensersetzung nicht lediglich auf die erwähnte Römische Verordnung, sondern auf die Vorschriften des Naturrechts gebauet werden müsse; so ist meine obige Behauptung noch desto weniger irgend einem Zweifel in der Anwendung unterworfen, da es den Grundsätzen des Vernunftrechts ungleich gemäßer ist, daß derjenige, dem auch nur ein geringes Versehen zur Last fällt, den Schaden büße, als daß ein Anderer durch fremdes Versehen Schaden leide [2]. — „Aber," fährt Hennemann fort, „was auch „wegen Prästirung der Schuld außer Contracten Rech-

2) Hic enim non agitur de poena, sed vter damnum ferat. Ratio autem vult, vt potius ille, cuius aliqua est culpa, ferat damnum etc. Hvber Praelect. ad Instit. Lib. 4. Tit. 3. §. 2.

„tens seyn mag: so ist ja doch auch die Schuld, die „dem Verlierenden in Ansehung der Proceßkosten bei= „gemessen werden kann, nicht außer, sondern in ei= „nem Contracte oder Quasicontracte begangen wor= „den. Man denke nur an die Litiscontestation und „deren Folgen. — Hier ist ja offenbar ein Contract „oder Quasicontract, welcher noch dazu bloß zum „Vortheile des Gewinnenden geschlossen wird, folg= „lich nach bekannten Grundsätzen den verlieren= „den Theil nur verbindet, für den bösen Vorsatz „und grobe Fahrlässigkeit zu haften." — Ueber den Vertrag, oder sogenannten Quasicontract, den die Litiscontestation in sich schließen soll, ha= be ich meine Meinung bereits in der Schrift von der natürlichen Verbindlichkeit ausführlich vorgetragen. Davon also hier nichts mehr; ich denke mit jenem Einwurfe fertig zu werden, ohne daß es nöthig seyn wird, so weit hinauf zu gehen. Sey es also ein Ver= trag, oder vielmehr mit Hülfe der Fiction, ein Qua= sicontract, den wir uns hier zu denken haben, so gehört doch eine noch stärkere Anlage zum Fingiren dazu, um die Litiscontestation sogar den Verträgen beizuzählen, welche bloß zum Vortheile des einen, und zur Be= lästigung des andern Contrahenten gereichen. Bei manchen Gerichten muß man es freilich beinahe als einen Gewinn betrachten, wenn man Recht erhält. Aber nach Vernunft und Gesetzen ist es doch wol ei= gentlich kein Vortheil, wenn ich das Meinige von dem, der es mir schuldig ist, erhalte, und keine

Belästigung für mich, wenn ich dem andern geben muß, was Sein ist. So wenig nun das gegenseitige Raisonnement mit der Natur der Sache übereinstimmt, eben so sehr ist es aber auch den Vorschriften der Gesetze selbst zuwider. Diese bestimmen die rechtliche Wirkung ganz anders, und zwar dahin, daß dem gewinnenden Theile, von der Zeit Litiscontestation angerechnet, alles Das vergütet werden soll, was ihm nicht entgangen seyn würde, wenn der Verlierende gleich zu Anfange des Streits sich zu dem bequemt hätte, was jetzt Urtheil und Recht ihm zur Pflicht machen. Bloß für den Schaden, der sich in eigentlichen Unglücksfällen gründet, soll der verlierende Theil nicht haften [3]; mithin bleibt er doch wol wegen eines jeden ihm auf irgend eine Art beizumessenden Schadens, allemal verantwortlich. Wie stimmt damit die Lehre überein, daß der verlierende Theil, in Ansehung der dem Sieger verursachten Proceßkosten, nur bloß für den bösen Vorsatz und die grobe Fahrlässigkeit haften müsse. — Dies widerstrebt nicht nur den eben angeführten Grundsätzen, sondern auch insbesondere der ausgemachten Wahrheit, daß derjenige die äußerste Sorgfalt beobachten, mithin culpam leuissimam prästiren müsse, welcher ein Geschäft unternimmt, daß seiner Natur nach eine ganz besondere Behutsamkeit und Vorsicht erfordert [4]. Dahin gehört ohne Zweifel das Streiten vor Gericht,

3) L. 40. D. de hered. petit.

4) Ioan. Aug. Hellfeld iurisprud. forens. §. 324.

weil der ganze Zweck der Rechtspflege darin bestehet, daß ein jeder bei seinen Rechten und Befugnissen geschützt, und alles Unrecht möglichst vermieden werde. Diesem Zwecke ist das ungerechte Processiren geradehin zuwider. Wer sich also dieses zu Schulden kommen läßt, mißbraucht eine öffentliche, zum gemeinen Wohl errichtete Anstalt, zur Beförderung ungerechter Zwecke; woraus von selbst fließt, daß ein jeder streitender Theil zu der höchstmöglichen Sorgfalt verbunden sey, um dergleichen Mißbrauch seiner Seits zu verhüten; widrigenfalls aber, daß er den Schaden ersetzen müsse, der dem andern Theile dadurch zugefügt worden. Aber auch dies alles will Hennemann mir nicht zugeben; „denn," sagt er, „ich „weiß nicht, welches Gesetz das ordnet." — Ich darf wol mit Cicero antworten: Est vnum ius, quo devincta est hominum societas, et quod lex constituit vna, quae lex est recta ratio imperandi, et prohibendi, quam qui ignorat, is est iniustus, siue scripta sit vspiam, siue nusquam. — Nec enim, si regnante Tarquinio nulla erat Romae lata lex de stupris, idcirco non contra illam legem sempiternam Sextus Tarquinius vim Lucretiae attulit. Erat enim ratio profecta a rerum natura, quae non tum denique incipit lex esse, quum scripta est, sed quum orta est. Orta autem est, simul cum mente diuina. Die Natur der Sache überhebt mich aller weitern Rechtfertigung; und der einzelne Fall, welchen Hennemann mir entgegensetzt, daß z. B. der Miethsmann bei Din=

gen, die eigentlich die höchste Sorgfalt erfordern, doch nur den mittlern Grad des Fleißes zu leisten habe, gehört gar nicht hieher, weil in dem erwähnten contractlichen Verhältnisse die Gesetze selbst den Grad des Fleißes besonders bestimmt haben. Aus diesem allen glaube ich nunmehr folgende allgemeine Wahrheiten in Ansehung der Kostenerstattung, nach den Grundsätzen von der Schadensersetzung annehmen zu können. Erstlich: Nicht nur derjenige, welcher vorsätzlich einen ungerechten Proceß geführt, oder sonst durch Ungehorsam, oder widerrechtliche Verzögerung des Streits, seinem Gegner unnöthige Kosten verursacht hat, ist schuldig, solche zu vergüten [5]), sondern auch überhaupt ein jeder, dem diese Beschädigung auf irgend eine andere Art rechtlich beizumessen ist. Es ist ferner, zweitens, eine an sich ungerechte Handlung, wenn man Andere, es sey nun durch gerichtliche Klagen, oder durch Ausflüchte und Einreden, die am Ende durch Urtheil und Recht verworfen werden, in Kosten setzet; und es kann auch daher der verlierende Theil, als Urheber dieser an sich ungerechten Handlung, den Folgen derselben nicht entgehen, wofern nicht klar aus den Acten erhellet, daß ihm durchaus keine widerrechtliche Proceßführung mit Beistande der Gesetze und des Rechts zugerechnet werden könne. Schon hieraus erhellet, wie offenbar unrichtig von manchen Richtern und Rechtsgelehrten der Satz aufgestellet wird, daß man in zweifelhaften Fällen im=

5) Kammerger. Ordn. 3. Th. 42. Tit. Seyfarth deutscher Reichsproceß Cap. 33. §. 1.

mer die Kosten compensiren müsse [6]). Gerade umgekehrt verhält sich die Sache. Es kommt nicht sowol darauf an, ob sich in dieser Hinsicht besondere Gründe wider den verlierenden Theil hervorthun, als vielmehr, ob rechtliche Ursachen für ihn vorhanden sind, welche ihn wegen der Proceßführung gänzlich entschuldigen. Wer in der Hauptsache unterliegt, hat hier alle Rechtsvermuthung wider sich, mithin ist er in zweifelhaften Fällen allemal in die Kosten zu verurtheilen [7]).

6) Bodinus de expensis victoriae thes. 29.

7) Facta, quae ut plurimum mala sunt, non bona praesumi possunt. Et regula; quilibet praesumitur bonus, pertinet tantum ad quaestionem de alicuius facti dubii commissione, non vero ad facti regulariter iniusti excusationem; quasi circumstantiae, ad iustificationem pertinentes, sint praesumendae. I. C. Quistorp Dissert. de moderaminis inculpatae tutelae probatione §. 1. Wenn daher das Gegentheil nicht aus rechtsbeständigen Ursachen deutlich erhellet, so ist der verlierende Theil allemal, um mich der gesetzlichen Benennung zu bedienen, als ein improbus litigator, oder temere litigans zu behandeln; indem beide Ausdrücke überhaupt denjenigen bezeichnen, welcher eine ungerechte Sache vor Gericht geführet, und keine rechtmäßige Ursache für sich hat, derentwegen ihm die Proceßführung gar nicht zur Last fallen kann. Hülse de litium expensis th. 21. Reinharth de erroribus pragmat. in compens. expens. §. 5. Joach. Hopp. Comment. ad pr. et §. 1. I. de poena temere litigantium. Daher auch Menoch. de Praesumt. Lib. 2. c. 87. n. 1. Reinharth a. a. O. §. 25. u. a. m. mit Recht behaupten, daß der verlierende Theil, wegen der in dieser Hinsicht wider ihn obwaltenden Rechtsvermuthung, in zweifelhaften Fällen allemal in die Kosten zu verurtheilen sey.

§. 6. a.

Die Compensation der Proceßkosten setzt zwar zum voraus, daß der sachfällige Theil seine Sache bona fide gerecht geglaubt habe, ist aber dadurch allein noch nicht begründet.

Bisher ist gezeigt worden, nach welchen Grundsätzen überhaupt, bei Verurtheilung des verlierenden Theils zur Bezahlung der Kosten, zu verfahren sey. Jetzt wenden wir uns zu den Ausnahmen, welche man von der Regel zu machen pflegt, das ist, zur nähern Untersuchung der Frage: in welchen Fällen eine sogenannte Vergleichung oder Compensation der Kosten den Rechten gemäß geschehen dürfe? Die Natur der Sache führt uns auch hier sehr bald auf gewisse allgemeine Rechtswahrheiten, um nach einer richtigen Analogie dasjenige zu ergänzen, was der Buchstabe der Gesetze noch unbestimmt läßt. So wenig aber die Richter und Rechtsgelehrten bei der Kostenerstattung auf die Lehre von der Schadensersetzung gehörig Rücksicht zu nehmen gewohnt sind, eben so wenig pflegt man sich auch bei dieser Gelegenheit um diejenige Rechtsmaterie, womit doch die Compensation der Kosten in der genauesten Verbindung steht, zu bekümmern. Eben dadurch, daß ein streitender Theil sachfällig wird, erklärt ihn ja das Urtheil für einen solchen, der eine ungerechte Sache vor Gericht durchzusetzen gesucht hat. Daraus folgt offenbar, daß alles dasjenige, was dem verlierenden Theile hiebei zu Statten kommen, und ihn von Entschädigung des

Gegners in Ansehung der Proceßkosten befreien kann, am Ende darauf hinaus gehen muß, daß er seiner Seits bona fide eine Sache gerecht geglaubt hat, die das Urtheil für ungerecht erklärt. Da aber den Rechten nach unmöglich jeder Irrthum zu einer solchen Entschuldigung hinreichen, und dem obsiegenden Theile ohne Ungerechtigkeit es nicht aufgebürdet werden kann, in jedem Falle die durch Unwissenheit oder Irrthum seines Gegners entstandenen Kosten zu tragen, so wird die Sache nunmehr a) nach den allgemeinen Grundsätzen des Rechts von der Unwissenheit, dem Irrthume, und ihren rechtlichen Folgen, und zwar b) in besonderer Beziehung auf das Verhältniß der Proceßführung, oder des Streitens vor Gericht, näher zu bestimmen seyn. Und da können wir freilich, ohne weitern Beweis, den Satz annehmen: daß eben die Gründe, welche, nach Vorschrift der Gesetze, die Ausflucht des Irrthums und der Unwissenheit an sich schon ausschließen, auch hier angewandt werden müssen, mithin keine Unwissenheit oder Mißverstand den verlierenden Theil entschuldigen, noch vom Ersatze der Proceßkosten befreien könne, sobald von Dingen die Rede ist, die er wissen konnte und mußte. Hat er es an der gehörigen Erkundigung in dieser Hinsicht ermangeln lassen, so ist er an dem Erfolge selbst schuld, mithin verbunden, seinem Gegner die verursachten Kosten zu vergüten. Auch der geringste Grad der Unachtsamkeit muß diese Folge nach sich ziehen [1].

1) A. F. Reinharth von der ignorantia iuris et facti, in d. Samml. vermischter kleiner Schriften,

Es fragt sich aber ferner: ob man auch umgekehrt sagen könne, daß alles dasjenige, was nach sonstigen Grundsätzen einen unschädlichen Irrthum begründen würde, z. B. die bekannte Regel: facti alieni, item iuris positiui ignorantia inuincibilis non nocet — auf die Proceßführung gleichfalls anzuwenden sey, folglich auch dem verlierenden Theile, zum Zwecke einer Compensation der Kosten, zu Statten kommen müsse? Diese Frage ist natürlich nur in sofern zu bejahen, als in dem besondern Rechtsverhältnisse der Proceßführung kein Grund liegt, welcher nothwendig eine andere Bestimmung erfordert. Jene allgemeineren Grundsätze von Unschädlichkeit des Irrthums setzen Fälle voraus, wo die Folgen einer rechtlichen Handlung lediglich und allein von der Wissenschaft und Ueberzeugung des Handelnden abhängen, und dieser also sich füglich entschuldigen kann, wenn er zeigt, daß er dies oder jenes bona fide als wahr oder nicht wahr geglaubt habe. Damit ist aber hier die Sache noch nicht ausgemacht. — Ich habe bona fide geglaubt, daß meine Sache gerecht sey. Die Entscheidung des Richters ist mir entgegen ausgefallen. Mein Gegner hat Kosten davon gehabt, und verlangt die Vergütung derselben von mir. Sehet da den wahren Gesichtspunct, woraus wir die Sache zu betrachten haben. Die eigentliche Frage, worauf es hier ankommt, besteht also ganz einfach darin: ob Irrthum und Unwissenheit uns von Er-

6. St. Nr. 3. Bützow und Wismar 1773. Hellfeld iurispr. forens. §. 1187.

setzung des Schadens befreien können, den ein Anderer durch uns gelitten hat? Es steht sehr dahin, ob die Gelehrten eben diesen Gegenstand bei Erklärung des Titels: de iuris et facti ignorantia, sorgfältig genug unterschieden haben. So viel ist gewiß, daß wir ihn in Rücksicht auf die Proceßkosten nicht aus den Augen verlieren dürfen. Daß die Kostenerstattung wahrer Schadensersatz sey, ist vorhin ausführlich gezeigt worden, und kann, wie ich glaube, nicht füglich geleugnet werden. Wenn sich nun auch in vorkommenden Fällen von dem verlierenden Theile nicht geradezu behaupten läßt, daß ihm ein vorsetzliches oder culposes Unrecht in Ansehung der Proceßführung zur Last falle, daß er nämlich wirklich gewußt habe, oder doch hätte wissen können und müssen, daß das Recht nicht auf seiner Seite sey, so war er darum doch noch nicht berechtigt, seine subjective Ueberzeugung auf Kosten Anderer geltend zu machen. Es ist daher eine unrichtige Vorstellung, wenn man, um dem sachfälligen Theile den Kostenersatz aufzulegen, es allemal zur Bedingung machen will, daß die Acten entweder einen dolus, oder wenigstens eine culpa desselben in sofern ergeben müssen, daß er sein Unrecht hätte wissen können und sollen. Das kann er freilich in vielen Fällen nicht, und wenn es auf bloße Rechtsfragen ankommt, so wird die des Rechts unkundige Partei selbst häufig außer Stande seyn, dies zu wissen. Die Verantwortlichkeit in Ansehung der Kosten muß der Regel nach einen Jeden treffen, welcher

irgend etwas, das er am Ende nicht bewahrheiten oder begründen konnte, im Wege Rechtens vergeblich geltend zu machen strebte, und dadurch den andern Theil zum Kostenaufwand nöthigte, folglich denselben in Schaden setzte. Wie wahr und gerecht er auch übrigens seiner Seits seine Behauptungen und seine Sache geglaubt haben mag, so mußte er doch auch wissen, daß der Ausgang des Streits nicht von seiner, sondern von des Richters Ueberzeugung abhänge. Verliert er den Proceß, so ist nunmehr förmlich entschieden, daß er eigentlich und in der Sache selbst ohne Recht bisher gestritten habe. Er kann also nicht verlangen, daß der obsiegende Gegner hiezu die Kosten hergeben solle, weil kein bestimmtes Gesetz das Recht sanctionirt hat, daß Jemand auf Kosten Anderer versuchen dürfe, seine subjectiven Ansichten im Wege Rechtens zu realisiren. Die Anordnung, daß ein Jeder seine vermeinten Rechte nicht durch Selbsthülfe, sondern gerichtlich verfolgen müsse, kann vernünftiger Weise die Berechtigung nicht in sich schließen, Andere bloß darum, weil wir ein Recht oder eine Befreiung zu haben glaubten, obgleich Beides nicht gegründet war, dennoch durch Proceßkosten um das Ihrige zu bringen, so daß in allen Fällen, wo der sachfällige Theil seine Sache nur bona fide als gerecht angesehen hätte, diese Kosten compensirt werden müßten. Im Gegentheil wird sich mit solcher subjectiven Ueberzeugung des verlierenden Theils von der Gerechtigkeit seiner Sache, immer noch der Vorwurf, daß er temere gestritten habe, in sofern vereinigen lassen,

als der Ausgang des Streits am Ende doch ergiebt, daß er in facto Unwahrheiten behauptet, oder unrichtige Rechtssätze für sich geltend zu machen gesucht hat, da er unstreitig wissen konnte und mußte, daß weder in jener, noch in dieser Rücksicht seine Ansicht allein, sondern daß nur das, wovon der Richter, als solcher, überzeugt seyn würde, entscheidend seyn könne. Konnte er dies nicht mit völliger Gewißheit voraus bestimmen — und der Ausgang zeigt, daß er falsch gerechnet hat — so stellt ihn das Ende des Streits immer als temere litigantem dar, und sein, wenn auch an sich betrachtet schuldloser Irrthum, ist nicht hinreichend, diesen Vorwurf, der nach L. 1. §. 17. D. de separationibus keineswegs immer malam fidem voraussetzt (§. 3 d.), abzulehnen, wenn nicht sonst noch besondere Gründe hiefür anzunehmen sind. Diese werden jetzt, nach den verschiedenen Verhältnissen, des Irrthums oder der Unwissenheit, näher zu erforschen seyn.

§. 6. b.

In wiefern der Irrthum in Thatsachen den verlierenden Theil vom Kostenersatz befreien könne.

Die Streitigkeiten vor Gericht können betreffen

A. factische Fragen, und zwar

1) ob etwas geschehen oder nicht geschehen, vorhanden oder nicht vorhanden sey?
2) in welcher Absicht dies oder jenes unternommen oder geäußert sey?

B. bloße Rechtsfragen, was in Ansehung des Geschehenen oder Unterlassenen den Vorschriften der Gesetze oder den Grundsätzen des Rechts gemäß sey?

Wird nun der Streit gegen eine Partei entschieden, so kann dies geschehen entweder

A. weil sie in facto Unrichtigkeiten behauptet, und zwar

1) das Geschehene als nicht geschehen, das Vorhandene als nicht vorhanden, oder umgekehrt, das Nichtgeschehene als geschehen, und das Nichtvorhandene als vorhanden vorgegeben,

2) den Handlungen eine unrichtige Absicht, dem wörtlichen Ausdruck in Verträgen, einseitigen Willenserklärungen, gerichtlichen Urtheilen u. s. w., einen falschen Sinn beigelegt, oder

B. weil sie unrichtige Rechtssätze für sich geltend zu machen gesucht hat. Wenigstens wird das gerichtliche Urtheil, indem es Jemanden sachfällig erklärt, allemal eins oder das Andere hievon voraus zu setzen haben.

Es fragt sich also, in wie fern nach diesen verschiedenen Rücksichten auf dem Grunde eines als schuldlos anzunehmenden Irrthums der sachfälligen Partei, die Kostencompensation Statt finden dürfe?

Der Französische Code de procédure Art. 130 ꝛc. und die Westphälische Gerichtsordnung Art. 86 ꝛc. haben überhaupt dem Irrthume und der Unwissenheit des verlierenden Theils die Folge

einer Kostencompensation gar nicht zugestanden, sondern, ohne hierauf Rücksicht zu nehmen, es bei der Regel, daß das Unterliegen in der Hauptsache auch die Verurtheilung zum Kostenersatz nach sich ziehe, bewenden lassen.

Die Praxis deutscher Gerichte hat bisher in diesem Betrachte nicht selten Regeln befolgt, die sich auf keine Weise rechtfertigen lassen. Was hierüber nach gemeinen Rechten und deren Analogie zu behaupten seyn dürfte, wird sich in folgenden Grundsätzen ergeben.

Da erstlich Niemand mit einem Irrthume oder mit Unwissenheit in Ansehung seiner eigenen Handlung sich entschuldigen darf [1]), so folgt auch ganz natürlich, daß der verlierende Theil, der Regel nach, in die Proceßkosten allemal zu verurtheilen sey, wenn solche dadurch veranlasset sind, daß er ein factum proprium, dessen er in der Folge überwiesen worden, bestritten hat [2]). Ist hingegen nicht von einer eigenen Thatsache des verlierenden Theils die

1) Lavterbach Colleg. theoret. pract. Lib. 22. Tit. 6. §. 5.

2) Es giebt zwar einige Ausnahmen von dieser Regel; indem unter gewissen Umständen auch Unwissenheit und Irrthum in Ansehung eigner Handlungen schuldlos, mithin unschädlich seyn können. Lavterbach a. a. O. §. 6. Crell de ignorantia facti proprii interdum innoxia ad L. 22. D. de condict. indeb. in d. Dissert. et Programm. Fasc. VI. n. 47. In solchen Fällen ist in Ansehung der Proceßkosten eben dasjenige anzuwenden, was deshalb bei einer unschädlichen Unwissenheit fremder Handlungen den Rechten gemäß ist.

Rede, so haben wir zwar sonst die Regel: ignorantia facti alieni non nocet, allein, um davon in gegenwärtiger Materie einen rechtmäßigen Gebrauch zu machen, hat man zu unterscheiden: ob dem verlierenden Theile der Beweis einer solchen Thatsache oblag, oder ob er berechtigt war, den Beweis von Seiten des Gegners zu erwarten. Im ersten Falle gereicht dem sachfälligen Theile die irrige Vorstellung, die er sich von der Sache gemacht hat, der Regel nach, nicht zur Entschuldigung. Denn wer etwas in Gerichten für sich anführt, wovon er weiß, daß ihm die Beweisführung obliegt, der muß seiner Sache völlig gewiß seyn, folglich auch vor allen Dingen dahin Bedacht nehmen, daß es an dem gehörigen Beweise nicht mangle. Fehlt dieser hernach, so hat er sich die Folgen davon, daß er aufs Gerathewohl gestritten hat, selbst beizumessen. Die unerweisliche Behauptung ist im Wege Rechtens als falsch und förmlich unwahr anzusehen. Es kann seyn, daß sie dennoch wirklich wahr gewesen ist, und noch leichter kann der Fall eintreten, daß der verlierende Theil in einem, an sich betrachtet, ziemlich schuldlosen Irrthume sich befunden hat. Allein Jedermann weiß, daß in Gerichten auf Thatsachen nur in sofern, als sie erwiesen sind, Rücksicht genommen werde, folglich nicht genug sey, eine Sache wissen, und glauben, um sie mit Erfolg im Gerichte anführen und dabei beharren zu können; sondern man muß auch die erforderlichen Beweismittel zur Hand haben, ohne welche die Behauptung

tung vergeblich ist, und billig mit Verurtheilung in die Kosten verworfen wird, weil es dem verlierenden Theile unstreitig zur Last fällt, durch unerweisliche Vorträge seinen Gegner in vergebliche Kosten gesetzt zu haben. Weit eher kann derjenige, der den Beweis einer solchen Sache nicht zu führen hat, sondern denselben von seinem Gegner erwarten darf, sich mit der Unwissenheit einer fremden Thatsache entschuldigen, folglich auf die Compensation der Kosten einen Anspruch machen. Denn sobald ihm nicht mit Recht vorzuwerfen ist, daß er wissentlich wider die Wahrheit geleugnet habe, so gereicht es ihm, als verlierendem Theile, zur Entschuldigung, daß er nicht verbunden war, den gegenseitigen Angaben sich eher zu fügen, als bis darüber der gehörige Beweis geführt worden; und in solchem Falle hat der obsiegende Theil den Kostenverlust nicht sowol dem Gegner, welcher bona fide gestritten hat, als vielmehr der bisherigen Ungewißheit im Wege Rechtens, deren Abhelfung ihm, dem Obsiegenden, oblag, zuzuschreiben. Die Gesetze selbst machen daher, in Rücksicht auf Irrthum und Mißverstand, ausdrücklich einen Unterschied zwischen dem Kläger und Beklagten. In L. 42. D. de Reg. iur. heißt es: Qui in alterius locum succedunt, iustam habent ignorantiae causam, an id, quod peteretur, deberetur. Haec ita de herede dicta sunt, si cum eo agetur, non etiam si agat. N a m p l a n e, q u i a g i t, c e r t u s e s s e d e b e t, q u u m s i t i n p o t e s t a t e e i u s, q u a n d o v e l i t e x p e r i-

ri, et ante debet rem diligenter explorare et tunc ad agendum procedere. Es fehlt auch nicht an Rechtslehrern, welche dies auf die Bestimmung des Streits, wegen Bezahlung der Kosten angewandt haben [3]. Nun ist zwar der Kläger gemeiniglich derjenige, dem die Last des Beweises obliegt [4]; es leidet indessen doch, nach Analogie der Rechte, kein Bedenken, daß von dem Beklagten in Rücksicht dessen, was er zu beweisen hat, eben dasselbe zu behaupten, folglich die Sache so allgemein, wie geschehen ist, zu fassen sey [5]. — Die bisher

3) Hvgo Donellvs Comment. iur. ciuil. Lib. XXVI. c. 3. p. m. 282. sagt: Quod ad actorem, fieri non potest, si vincitur, quin temere videatur litigasse. Etenim, si ignorauit, sibi ius non esse litigandi, hoc ipso culpa eius est, quod litigauit. Qui enim agit, certus esse debet. Reo non idem potest subiici; hic namque actionem excipere cogitur, nisi velit ius suum indefensum relinquere. Quod sane facere non debet; si nullam causam habeat, propter quam intelligere possit, deberi quod petitur, aut rem petitoris esse. Cuius modi causam nullam habere videtur, si agatur cum eo de alieno facto et iure, cuius ipse particeps et conscius non fuerit. Eben so urtheilt Hülse de litium expensis §. 16., imgleichen Pestel de expensis victoriae §. 12., auch Reinharth de errorib. pragm. in compensat. expens. §. 25. und Casp. Ziegler Dicastic. Conclus. 49. §. 7.

4) L. 4. C. de edendo L. 2. L. 18. §. fin. D. de probation. Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß VI. 6. ꝛc.

5) Der verdienstvolle Oelze, mein vormaliger würdiger Lehrer, bestimmt die Sache sehr richtig: „Die Unkosten „sind gegen einander aufzuheben 1) wenn der überwun-

angeführten Grundsätze finden auch in der Königlich Preußischen Gerichtsordnung vom Jahre 1793. XXIII. 3. 3. ihre Bestätigung. Dieses Gesetz will die Proceßkosten compensirt wissen, „wenn die That„sache, aus welcher Jemand belangt wird, nicht sein „eigenes, sondern das factum eines Dritten, z. E. „des Erblassers ist, und sich bei der Untersuchung fin„det, daß der Beklagte nicht eher, als bei eben die„ser Untersuchung, sich von der Richtigkeit der Anga„ben des Klägers zu überzeugen Gelegenheit gehabt „habe. Ein gleiches gilt auch von dem Falle, wenn „der Kläger aus einer an sich richtigen Thatsache ge„klagt hat, und nur auf den Grund einer Einwen„dung abgewiesen wird, die auf Handlungen eines „Dritten beruhet; in sofern nämlich bei der Untersu„chung sich ergeben hat, daß der Kläger von der „Richtigkeit dieser von dem Beklagten angeführten „fremden Thatsachen sich nicht füglich anders, als „durch eben diese Untersuchung, hat überzeugen kön„nen." Vielleicht möchte es noch etwas zweckmäßiger gewesen seyn, die in beiden Fällen bemerkte Ein-

„dene Theil aus eines Dritten Handlung be„langt worden, und er nicht eher, bis nach geendigter „Beweisführung, sich von der Richtigkeit des Klag„grundes zu überzeugen Gelegenheit gehabt; oder „2) wenn der Kläger aus einer an sich richtigen That„handlung geklagt hat, und Beklagter wird wegen ei„ner, in Ansehung des Klägers fremden Thathand„lung, und darauf beruhenden Einrede entbunden, von „deren Richtigkeit der Kläger sich vor der Beweisfüh„rung nicht füglich hat überzeugen können." Anleitung zur gerichtlichen Praxis §. 287.

schränkung negativ auszudrücken: in sofern die Untersuchung nicht ergeben hat, daß der verlierende Kläger oder Beklagter schon früher von der Richtigkeit der gegen ihn angeführten fremden Thatsachen gehörig unterrichtet gewesen sey. —

§. 6. c.

Fortsetzung. Von den Fällen, in welchen über den Sinn eines Vertrages und anderer Dispositionen, oder über die Absicht einer Handlung gestritten wird.

Was nach Anleitung des Vorigen von unwahren Behauptungen in facto überhaupt gilt, muß auch im Ganzen von der falschen Deutung eines streitigen Ausdrucks, oder der unrichtigen Erklärung der Absicht einer Handlung gelten. Bei eigenen Handlungen oder Willenserklärungen, kann sich Niemand entschuldigen, wenn der Richter seine Auslegung verwirft. Bei fremden kommt es darauf an, ob der verlierende Theil derjenige war, dem es oblag, eine gewisse Disposition in bestimmter Absicht des Disponenten, imgleichen die in einer gewissen Absicht unternommene Handlung zu beweisen, oder ob er diesen Beweis vom Gegner erwarten durfte. Im ersten Falle muß er unstreitig aus gleichen Gründen, wie sie im Vorhergehenden in Beziehung auf fremde Handlungen überhaupt vorgekommen sind, die Proceßkosten bezahlen, welche er dem Gegner durch den vergeblichen Versuch, eine unerweisliche Behauptung durchzusetzen, verursacht hat. Jemand fordert z. B. ein Legat aus einer Stelle im Testament, welche

zwar die Forderung zu unterstützen scheint, am Ende aber doch gegen den vermeinten Legatar vom Richter erklärt wird. Mit welchem Grunde würde dieser dem Erben die Mittragung der Proceßkosten aufbürden können? Im zweiten Falle können besondere Verhältnisse eintreten, welche auf den Kostenpunct einen verschiedenen Einfluß haben können. Bei der Entscheidung des Streits über den Sinn oder die Absicht, worin dies oder jenes von Andern geäußert oder gehandelt seyn soll, kommt es, was die Kosten betrifft, darauf an, ob a) die erwähnte Entscheidung aus andern Thatsachen erst herzunehmen war, die der obsiegende Theil beweisen mußte, und die der verlierende bis dahin, daß dieser Beweis rechtlich beigebracht, und vom Richter als genügend anerkannt war, ignoriren durfte. Z. B. es findet sich, daß die vermachte Sache nicht des Testators eigne war. Er selbst hat sich nicht näher darüber erklärt. Die Frage, ob der Legatar die Sache oder deren Werth nichts desto weniger fordern könne, hängt bekanntlich davon ab, ob der Testator das Verhältniß, daß die Sache nicht ihm, sondern Andern zugehöre, gekannt habe. Der Legatar mußte dies beweisen, und er bewies es. Der Erbe ward also sachfällig, aber mit dem Kostenersatz war er billig zu verschonen, weil es ihm auf keine Weise anzusinnen war, dem Anspruche des Gegners, vor dessen rechtlichen Begründung nachzugeben, und weil er nicht temere litigirte, so lange eine fremde ihm unbekannte Thatsache, deren Beweis dem Geg-

ner oblag, noch nicht rechtlich in Gewißheit gesetzt war. —

Wird aber der vorgekommene Streit b) bloß nach dem Inhalt einer gewissen an sich ausgemachten Disposition, oder nach der Beschaffenheit einer Handlung, so wie solche unbestritten vorlag, ohne Mitwirkung anderer besonderer Thatsachen entschieden; verlor also der sachfällige Theil den Proceß, weil die Richter fanden, daß er eine an sich selbst nicht geleugnete Disposition oder Handlung unrichtig beurtheilt habe, so muß er auch billig die Kosten bezahlen, da die obsiegende Partei nicht darunter zu leiden hat, daß nicht sowol eine erst durch Beweis zu hebende Ungewißheit des facti an sich, als vielmehr die unrichtige Beurtheilung derselben von Seiten des Gegners, den bisherigen Streit veranlaßt hat. Jemand hatte seiner Schwester und deren Kindern ein gewisses Vermächtniß hinterlassen. Nach seinem Tode lebten nur noch Enkel der Schwester. Der Erbe glaubte diesen das verlangte Legat versagen zu dürfen. Das Urtheil fiel gegen ihn aus, und kein rechtsbeständiger Grund konnte ihn von der Verurtheilung zum Kostenersatz befreien.

Wird besonders eine Partei in Streitigkeiten dieser Art darum sachfällig, weil ihre Behauptung c) mit gesetzlich bestimmten Erklärungsregeln im Widerspruch steht, so kann, wenn gleich der Vorwurf eines vorsetzlichen Unrechts dabei nicht Statt finden sollte, doch auch der error iuris alsdann gegen die Verurtheilung

in die Proceßkosten nicht schützen, wovon jetzt näher zu reden seyn wird.

§. 7.

Vom Rechtsirrthum und zwar a) die Gewohnheitsrechte betreffend.

Ist zweitens von einem Irrthume in Ansehung des Rechts die Rede, und betrifft dieser nicht sowol das Naturrecht, oder geschriebene positive Gesetze, und deren Analogie, als vielmehr bloße Gewohnheitsrechte, so ist es im Grunde wieder ein error facti, und muß daher nach den obigen Grundsätzen, welche vom Irrthum in Thatsachen überhaupt gelten, beurtheilt werden. Wer daher Gewohnheiten für sich anführet, die nicht ganz ausgemacht sind, deren rechtliche Begründung ihm daher auferlegt wird, der ist auch, wenn er diesen Beweis nicht beizubringen vermag, unstreitig verbunden, die dem Gegentheile verursachten Kosten zu bezahlen, er mag übrigens seiner Seits bona fide die Gewohnheit geglaubt, und deshalb Scheingründe für sich gehabt haben, oder nicht. Denn die Gesetze wollen, daß er nicht nach bloßer Wahrscheinlichkeit, und nach dem Maße seines Glaubens, vor Gericht etwas behaupten, sondern seiner Sache gewiß seyn, folglich diejenigen Beweise, worauf juristische Wahrheit beruhet, zur Hand haben soll. In dem Falle aber, da Jemand ein Gewohnheitsrecht, welches wider ihn angezogen wird, in Zweifel ziehet, und der Gegner solches hernach gehörig erweiset, muß dem verlierenden Theile

die schuldlose Unwissenheit der eingeführten Gewohnheit dahin zu Statten kommen, daß die Kosten compensiret werden. Das Bestreiten im Lande allgemein anerkannter und hinlänglich begründeter Gewohnheiten, die der verlierende Theil füglich hätte wissen können und müssen, ziehet unstreitig die Verurtheilung in die Proceßkosten nach sich *).

§. 8.

b) In Ansehung geschriebener Gesetze und des Vernunftrechts.

Die Gewohnheitsrechte nun bei Seite gesetzt, so gilt hier im übrigen der bekannte Satz: ignorantia iuris nocet; und es kann der verlierende Theil sich, der Regel nach, nie mit der Unwissenheit des Rechts, oder damit entschuldigen, daß er dasjenige, was Urtheil und Recht in der Folge mit sich bringt, nicht für Recht gehalten habe. Diese Regel ist hier allgemein, und selbst die Personen, denen sonst die Gesetze, in Ansehung der Unwissenheit des bürgerlichen Rechts, einige Nachsicht bewilligen, z. B. Frauenzimmer, Fremde, und Soldaten, können nicht davon ausgenommen werden. Denn wenn sie sich in Rechtshän-

*) L. 9. §. 2. D. de iur. et facti ignorantia. Facti ignorantia ita demum cuique non nocet, si non ei summa negligentia obiiciatur. Quid enim, si omnes in ciuitate sciant, quod ille solus ignorat. Et recte Labeo definit, scientiam neque curiosissimi neque negligentissimi hominis accipiendam, verum eius, qui eam rem, diligenter inquirendo, notam habere possit.

del vor Gericht einlassen; so wissen sie ja, daß es jetzt darauf ankommt, ihre Rechte und Verbindlichkeiten nach den Gesetzen des Landes auszumachen; und sie müssen daher auch die Verbindlichkeit anerkennen, vor Gericht nichts vorzutragen, und keinen Rechtsstreit zu unterhalten, wofern die im Staate geltenden Rechte ihnen nicht beistimmen. Allenfalls sind sie schuldig, die Rechtsverständigen zu Rathe zu ziehen. Ueberdem kommt es hier nicht bloß darauf an, ob Jemand, unter dem Vorwande einer Unwissenheit des Rechts, seinen eignen Schaden abwenden, oder sich von einer Strafe dadurch befreien könne, sondern, ob er unter diesem Vorwande die Vergütung des einem Andern durch unnöthige Proceßkosten verursachten Schadens ablehnen dürfe? Die sogenannte probabilis litigandi causa und der schuldlose Irrthum kommen in dieser Hinsicht eigentlich nicht in Betrachtung. Denn hier ist nicht von Thatsachen die Rede, die der verlierende Theil ignoriren konnte, und deren Beweis er ruhig von Seiten des Gegners erwarten durfte, ehe und bevor ihm anzusinnen war, dem Verlangen desselben nachzuleben. Was den Vorschriften des Naturrechts, den geschriebenen bürgerlichen Rechten, und deren Analogie, gemäß ist, das braucht kein Theil dem andern zu beweisen *). Es liegt einem Jeden ob, und

*) Cap. 44. X. de appellation. Hellfeld iurisprud. forens. §. 1145. n. 1. Daher auch in solchen Fällen, wo, den Rechten nach, auf das Anbringen einer Partei nicht geachtet wird, es wäre denn sofort klar erwiesen (in continenti liquidum); dennoch bloße Rechtssätze nicht als zweifelhaft (altioris indaginis) angese-

ein Jeder ist schuldig, selbst die höchst mögliche Sorgfalt anzuwenden, um sich vollständig, und aufs genaueste davon zu unterrichten; nicht aber den Scheingründen nachzugehen, welche etwa seinem Interesse zu Statten kommen.

§. 9.

Vorzüglich, wenn ius dubium et controversum bei einer Sache zur Frage kommt.

Wie aber, wenn die Entscheidung der Sache von einer streitigen Rechtsfrage abhängt, oder auf Erklärung dunkler Gesetze beruhet, und der verlierende Theil anscheinende Rechtsgründe für sich hat? Hier ist es, wo die angesehensten Rechtsgelehrten eine Compensation der Kosten äußerst billig und gerecht halten [1].

hen werden können; obgleich Struben in Rechtlichen Bedenken Th. 3. Nr. 57. und der daselbst angeführte Ludolf. observat. forens. 61. dafür halten, daß es an der gehörigen Klarheit ermangle, wenn die Entscheidung von zweifelhaften Rechtsfragen abhängig wäre. Ich nehme den Fall einer streitigen Gewohnheit aus und finde im übrigen diese Meinung ungegründet. Nam iudex gnatus esse debet legum, indeque caput iuris dubium, si factum ipsum extra controuersiam positum est, ad futuram deductionem remittere nequit. Ea enim, quae iuris sunt, nulla indigent probatione sed factum saltem controuersum, quatenus decisionem causae ingreditur; litigantibus probandum relinquitur. Henr. Brockes Obseruat. select. Argum. 443. Diesem pflichten bei I. H. Böhmer Consultat. et Decis. Tom. I. P. 2. Resp. 101. n. 15. Caesar Argelvs de adquirenda possessione, Quaest. 2. Art. 4. n. 7.

1) Brvnnemann Proc. civ. cap. 28. n. 78. Ivrecons. Tvbingens. Vol. 8. Cons. 63. n. 115.

Indessen getraue ich mir doch zu behaupten, daß dieses den Vorschriften der Gesetze und deren Analogie keinesweges gemäß, und überdem auch die vermeinte Billigkeit hier sehr übel angebracht sey, weil sie in der Anwendung äußerst unsicher ist, am Ende nur den Ungerechtigkeiten zum Vorschub dienet, und überhaupt die schädlichsten Folgen für das Ganze nach sich ziehet. Die allgemeine Verordnung in L. 5. C. de fructibus et litium expensis, welche ich oben (§. 3. d) angeführet habe, und worauf man sich hier vorzüglich berufet [2]), entscheidet die Sache gar nicht. Denn sie redet nicht ausdrücklich von streitigen Rechtsmaterien und dunklen Gesetzen, sondern von einer re dubia überhaupt; und es ist daher den Regeln der Auslegungskunst sehr gemäß, dergleichen unbestimmte Ausdrücke so zu erklären, daß die Verordnung nicht mit den übrigen Grundsätzen des Rechts in Widerspruch gerathe [3]). Donell hat angemerkt, daß die gedachten Worte eigentlich nur von zweifelhaften Thatsachen zu verstehen sind [4]). Dies wird sich auch in der Folge deutlich genug zeigen. Für jetzt

Bodinus de expens. victor. non praest. th. 9. Seyfarth de compensatione expensarum Cap. 2. §. 10. Reinharth de errorib. pragmaticor. in compensat. expensar. §. 31. Temmen de lit. expens. Cap. IX. Sect. 3. n. 51. seq.

2) Seyfarth am angef. Orte.

3) Dan. Nettelbladt Systema elementare iurispr. commun. general. §. 236.

4) Commentar. iur. ciuil. Lib. 26. cap. 1.

will ich nur daran erinnern, daß die erwähnte Verordnung, da sie zu den nicht glossirten Gesetzen gehöret, überhaupt, in Rücksicht auf gerichtliche Anwendung, nicht weiter in Betrachtung komme. Desto gewisser ist es also, daß, in Ermangelung anderer gültigen Vorschriften, die Sache lediglich nach Vernunftgründen und rechtlicher Analogie zu bestimmen sey. Denn, daß die Lehre des Papinian in L. 78. §. 2. D. de Legatis 2., welche von einigen mit zu Hülfe genommen wird, uns keinesweges entgegen sey, ergiebt der Augenschein. In der gedachten Stelle, welche oben §. 4. ganz angeführt ist, werden die Worte: si ratio litigandi non fuit, offenbar gemißdeutet. Eigentlich ist von einer im Urtheile zu verfügenden Compensation der Kosten daselbst gar nicht die Rede; sondern das Gesetz bestimmet nur, daß der sachfällige Theil, welcher einen rechtskräftigen Ausspruch zu erfüllen versäumet, alle Schäden und Kosten, die dadurch erwachsen sind, vergüten solle, es wäre denn, daß er rechtmäßige Gründe zu seiner Rechtfertigung angeben könnte. Ueberhaupt aber würde es doch immer erst auf die Frage ankommen: was den Rechten nach, zum Zweck einer Vergleichung der Kosten, als hinlängliche ratio litigandi gelten könne? worüber das Gesetz selbst keine ausdrückliche Auskunft giebt. Eben so verhält sich die Sache mit den unbestimmten Ausdrükken: propter negotii varietatem, welche in der Nov. 82. c. 10. nur beiläufig vorkommen; (§. 4) und ohnehin schon weit natürlicher von Thatsachen, und allenfalls von solchen Streitigkeiten erklärt wer-

den können, welche mehrere Gegenstände enthalten, die theils für die Eine, theils für die andere Partei entschieden werden. Gewiß ist es daher, daß keine bestimmte, oder ausdrückliche Vorschrift eine weitere Untersuchung der Sache nach sonstigen Rechtsgründen ausschließt. Angenommen also, daß die gerichtliche Entscheidung auf einer streitigen Rechtsmaterie, oder auf Gesetzen, über deren Sinn die Ausleger uneinig sind, beruhe, so gebe ich gern zu, daß in concreten Fällen der verlierende Theil in mancher Hinsicht Entschuldigung, ja oft unser Bedauern verdienen könne, weil das Ansehen der Rechtsgelehrten, die Arglist oder Unwissenheit der Advocaten, ihn irre geführt, und dazu verleitet haben, seine Sache gerecht zu halten und einen guten Ausgang zu erwarten. Allein hier kommt es darauf an, von welcher Seite das Gericht die Sache eigentlich zu behandeln habe. Denn es ist nichts Neues, daß Personen und Sachen nach gewissen allgemeinen Verhältnissen, ohne weitere Rücksicht auf besondere Abweichungen, welche etwa dabei vorkommen können, beurtheilt werden [5]. Diese Be-

5) Dieses hat vortreflich ausgeführt Ioseph Averanius interpret. iur. Lib. V. c. 10. n. 2. seq. Er muß ganz gelesen werden; indessen kann ich nicht umhin, folgende Stelle hier einzurücken. Cessante ratione legis, cessat ipsa lex. Locus hercle lubricus et periculosus. Saepenumero cessat ratio legis, nec eo minus praecepto eius adstringimur. Iura enim non in singulas personas, sed generaliter constituuntur. L. 8. D. de LL., ac propterea, si

trachtung müssen die Recensenten meiner Schrift großentheils übersehen haben. Ich leugne ja nicht, und wer kann es auch in Abrede ziehen, daß es zweifelhafte Rechtsfragen giebt, und daß in verschiedenen Fällen, wenn man bloß auf Billigkeit Rücksicht nimmt, das Schicksal des verlierenden Theils sehr hart seyn kann, wenn er noch obendrein die Kosten bezahlen soll. Aber ich bitte doch zu erwägen, daß die bloße Billigkeit den Richter nicht bewegen darf, von der Wirkung des

aliqua sit persona in tota illa vniuersitate personarum, quum lex comprehendit, cui non conueniat ratio legis, non eximitur a praecepto legis. Lex enim est commune praeceptum, L. I. D. de LL., et non singulas personas, sed vniuersitatem spectat, ideoque satis est, rationem legis vniuersitati conuenire, licet non conueniat certis quibusdam personis. Licet enim ius priuatum ad singulorum vtilitatem spectet, L. I. D. de iust. et iur., tamen ad eorum vtilitatem respicit, non separatim, quatenus singuli sunt, sed quatenus ex singulis constat vniuersitas etc. Auch Struben in Rechtlichen Bedenken Th. 2. Seite 389. und 471. bemerkt bei Gelegenheit der eingeschränkten Veräusserung der Güter eines Unmündigen sehr richtig: „Es kann zwar dadurch wider die Absicht des Gesetzgebers den Unmündigen bisweilen Schaden zugezogen werden. Aber dieses geschieht vielfältig, mittelst der weisesten Gesetze, ohne daß der Richter von ihrem Buchstaben abweichen darf. Es ist genug, wenn sie in den mehrsten Fällen heilsame Wirkung thun; und unmöglich, deren Zweck in allen zu erreichen, besser aber, in einigen desselben zu verfehlen, als es auf der Richter Gutdünken ankommen zu lassen, ob das Gesetz billig und nützlich, mithin zu beobachten sey oder nicht?" Man sehe auch Kleins vortrefliche Abhandlung über die Billigkeit bei Entscheidung der Rechtsfälle; in dessen Annalen der Gesetzgebung Th. 1. Seite 457. ff.

Zwangrechts eine Ausnahme zu machen, wenn kein gesetzlicher Grund ihn dazu berechtigt. Und ist es denn nicht auch hart, wenn der siegende Theil die Kosten einbüßen soll, da doch der Richter die gegenseitige Anmaßung, wodurch diese Kosten verursacht worden sind, als widerrechtlich verworfen hat? Wir wollen daher, ohne uns von einem unzeitigen Mitleiden einnehmen zu lassen, unser Augenmerk darauf richten, wie die Sache eigentlich nach den Gründen des Rechts zu bestimmen sey. Findet der Richter die Streitigkeit der Parteien, in Rücksicht auf Recht oder Unrecht, von der Beschaffenheit, daß durch eine doctrinale Auslegung der Gesetze, und nach Gründen der Analogie, die Entscheidung geschehen kann, so muß er wenigstens seinen Ausspruch als das wahre Recht betrachten, und es kann daher 1) von Seiten des Gerichts das Recht nicht füglich als etwas ungewisses behandelt werden [6]. Denn wäre dieses, so gehörte die Sache nicht mehr vor den Richter, sondern es müßte von der gesetzgebenden Macht eine authentische Erklärung eingeholt werden, wie es schon Justinian wollte: Si quid vero in iisdem legibus fortasse obscurius fuerit; oportet, ab

6) Hug. Donell commentar. iur. ciuil. Lib. 26. Cap. 3. Facti quaestio incerta quidem, ius vero certum est. Casp. Ziegler Dicast. conclus. 34. §. 16. in den Worten: Iura semper certa sunt; nec tenentur litigatores iudici probare, quid iuris sit; quum etsi de illo nihil dixerint, iudex id ex se nosse debet. Et qui ius plane non allegatum adplicat facto, nil infert nec addit in iure, sed hoc totum, vti in se est, relinquit.

imperatoria interpretatione patefieri. L. 9. C. de Legib. Und alsdenn wäre freilich der streitende Theil, gegen den die gesetzliche Bestimmung ausfiele, eher zu entschuldigen. Nach der K. Preußischen Gerichtsordnung (I. 23. 3. 5.) sollen die Proceßkosten compensirt werden, „wenn eine Rechts-„frage streitig gewesen ist, und zu deren Ent-„scheidung ein Conclusum der Gesetzcom-„mission hat eingeholt werden müssen". — Die Französische und Westphälische Gerichtsordnung nehmen hierauf keine Rücksicht. Im Gegentheil enthält das Civilgesetzbuch Art. 4. die Bestimmung: „der Richter, der unter dem Vorwande, daß „das Gesetz den vorgetragenen Fall unberührt lasse, „daß es dunkel oder unzulänglich sey, ein Urtheil zu „sprechen sich weigert, kann, als der Justizversagung „schuldig, gerichtlich belangt werden." Sobald aber der Richter selbst den streitigen Rechtspunkt schlichtet, so ist 2) nach förmlichem Rechte [7]) der verlierende Theil als derjenige zu behandeln, welcher in iure geirret hat. Da nun das Urtheil, welches ihn sachfällig erklärt, weder ein Werk des blinden Ungefährs, das Niemand voraus sehen konnte, noch ein höherer Orakel-

7) Der Unterschied des förmlichen, und wirklichen Rechts ist von großer Wichtigkeit. Ich verweise deshalb ein für allemal auf Just. Möser's patriotische Phantasien, Th. 4. Nr. 30. und in der Berlinischen Monatsschrift von Gedike und Biester 1783. Seite 506. Man sehe auch meine Abhandl. von der natürlichen Verbindlichkeit, §. 70. not. 1. 2.

Orakelspruch ist, den der menschliche Verstand nicht zu erreichen vermag, sondern da jedes Urtheil, so lange es nicht reformiret ist, als das Resultat einer sorgfältigen und unpartheiischen Prüfung der verhandelten Streitsache betrachtet werden muß, so ist gar nicht abzusehen, warum man nicht annehmen sollte, daß der überwundene Theil das Rechtswidrige seines Streits eben sowohl hätte einsehen können, als es der Richter eingesehen hat, und daß er also, wo nicht vorsätzlich den Gegner chicanirt, doch allemal einen Irrthum unterhalten habe, den er hätte vermeiden können, und müssen. Die Fälle, wo sich dies auch wirklich mit Recht behaupten läßt, werden gewiß nicht zu den seltenern gehören. Das gerichtliche Erkenntniß kann wenigstens, wenn es sich irgend consequent bleiben soll, den sachfälligen Theil nicht füglich anders behandeln. Um dies noch näher ins Licht zu setzen, muß ich noch einen Einwurf beantworten. „Das Urtheil," sagt Hennemann, „macht nur förmliches Recht unter „den Parteien — daraus folgt aber nicht, daß das, „was sie Recht macht, auch würkliches Recht sey — „und war, als der Streit anging. Wer nach der „Urtel, seitdem sie, was sie sagt, zu förmlichem Rech„te gemacht hat, diesem nicht gemäß handelt, der han„delt offenbar unrecht; aber wer vor der Urtel nicht „thut, was durch sie nachmals förmlichen Rechtens „geworden ist, der kann nach eigentlichem Rechte Recht „gehabt haben, und das förmliche Recht existirte noch „nicht. Es ist also unmöglich, der nachherigen Urtel

„wegen, sein Benehmen vor solcher, und die dadurch „seinem Gegner gegebene Veranlassung, Kosten zu „verwenden, als eine unrechtmäßige Beschädigung des„selben zu betrachten." — —

Ich glaube, nicht ohne Grund hierauf Folgendes zu erwidern. Das Urtheil macht nicht erst Recht, sondern es bestimmt, was den Gesetzen und Rechten, wornach der Richter sprechen muß, unter den Parteien gemäß sey. Es ist sehr richtig, daß dieses förmliche Recht nicht immer wirkliches Recht ausmacht. Aber die Gesetze wollen, und der ganze Zweck der Justizpflege erfordert es, daß dasjenige als wirklich Recht angesehen und behandelt werde, was einmal rechtskräftig so und nicht anders erkannt worden ist. Diese Rechtskraft schlichtet den bisherigen Streit, und entscheidet, ob mit Recht geklagt worden, oder ob Beklagter mit Recht dagegen gestritten habe, folglich muß auch die Wirkung des rechtskräftigen Urtheils nicht bloß als eine Richtschnur für die Zukunft angesehen, sondern auf den Anfang des gerichtlichen Streits zurückgezogen werden. Dies zeigt nicht allein die Natur der Sache, sondern es wird auch durch die gesetzlichen Vorschriften von den Wirkungen der Litiscontestation deutlich genug bestätigt. Durch diese werden die Parteien verpflichtet, ihre Rechte und Verbindlichkeiten lediglich auf den rechtskräftigen Ausspruch des Richters ankommen zu lassen, und daß dieses nicht bloß für die Zukunft zu verstehen, sondern auf den Anfang des Streits zurück zu ziehen sey, davon überzeugen uns die bekannten Vorschriften, daß der sachfällige

Theil dem Sieger alles vergüten müsse, was dieser gehabt haben würde, wenn jener gleich Anfangs nachgegeben hätte, die bekannten Vorschriften von den fructibus percipiendis u. s. w. Und wenn Ulpian L. 25. §. 6. D. de hered. petit. im Ganzen zwar zugiebt, daß die Vortheile eines redlichen Besitzers auch dem zu Statten kommen, der in den Rechten geirrt hat, so fügt er doch gleich §. 7. eben daselbst hinzu: post motam controversiam omnes possessores pares fiunt; et quasi praedones tenentur; — also, nicht erst nach erfolgtem Urtheile, sondern gleich vom Anfange des Streits angerechnet. Damit stimmt auch die Constitution der Kaiser in L. 10. C. de Praescript. longi temporis überein: Nec bona fide possessionem adeptis, longi temporis praescriptio post motam litis contestatae completa proficit, quum post motam controversiam in praeteritum aestimetur. Mich dünkt, diese Gesetze geben einen trifftigen analogischen Grund für meine Behauptung, daß ein streitender Theil, gegen den die Entscheidung einer Rechtsfrage ausfällt, nunmehr nach förmlichem Rechte als ein solcher behandelt werden muß, der in den Rechten geirret, folglich keinen gesetzmäßigen Grund für sich hat, zu verlangen, daß der siegende Gegner darunter leiden, und die ihm verursachten Kosten einbüßen sollte. Es ist überdem 3) leicht gesagt, daß anscheinende Rechtsgründe, streitige Rechtsmaterien, und dunkle Gesetze bei der Entscheidung einer Rechtssache eintre-

ten, und solche bedenklich machen. Allein es fragt sich billig, nach welchem Maaßstabe, und nach welchen Verhältnissen dies alles zu bestimmen sey, wenn es auf den Kostenpunkt einen Einfluß haben soll? So unbefriedigend die Rechtsgelehrten hierüber sind, indem einige im Allgemeinen ius dubium, et controversum, andere aber ius intricatum et admodum perplexum voraus setzen, so unsicher und schwankend ist es auch natürlich in der Anwendung. Das Civilrecht kann durchaus nicht alle Fragen, die über rechtliche Gegenstände entstehen können, im voraus genau bestimmen. Was aber in Ermanglung ausdrücklicher Vorschriften nach allgemeinen Grundsätzen und Rechtsanalogie ergänzt werden muß, wird leicht zu verschiedenen Meinungen Anlaß geben. Die Zahl der ganz ausgemachten, und durchgängig unbestrittenen Rechtssätze ist daher, im Vergleich mit denen, worüber die Gelehrten in ihren Meinungen, und die Gerichte in ihren Urtheilen uneinig sind, bei weitem die geringste; und wer siehet also nicht, daß nur einige Rechtskenntniß und Belesenheit dazu gehört, um bei der gerichtlichen Verhandlung einer Sache mancherlei Rechtsstreitigkeiten auf die Bahn zu bringen, und bei Erklärung der Gesetze hin und wieder allerlei Zweifel und Schwierigkeiten zu erregen. Das Wenigste, was dieser Mißbrauch der Kenntnisse und Fähigkeiten zur Folge haben kann, ist unstreitig, daß dem andern Theile, welcher dadurch in Schaden und Kosten gesetzt worden, die gehörige Entschädigung zuerkannt werde. Statt dessen aber wird, der gemeinen Lehre zur Folge, der

obsiegende Theil eben so sehr einer ganz willkührlichen Behandlung des Richters [8]), als den Chikanen und Verdrehungen des Gegners Preis gegeben. Die streitenden Theile selbst sind häufig der Vorschriften des Rechts in dem ganzen Umfange, wie es die Entscheidung der Sache erfordert, nicht kündig. Ihnen kann daher vieles, was an sich unrecht ist, dennoch recht scheinen; und ihnen ist es daher vielleicht weniger zu verdenken, wenn sie jede ihrer Absicht vortheilhafte Rechtslehre, oder Gesetzerklärung, als wahr und richtig annehmen. Da sie aber Rechtsgelehrte und Sachverständige befragen können, so kann die Wichtigkeit der Gründe, welche in ihren Verhandlungen vorkommen, und deren Einfluß auf die Kosten, unmöglich nach den Begriffen und Einsichten der Parteien, welche der Rechte nicht kundig sind, bestimmet werden [9]); oder man müßte annehmen, daß jede nur

8) „Die größte Weisheit eines Gesetzgebers beruhet darauf, daß er die Verwaltung der Gerechtigkeit dergestalt „einrichte, damit nicht der Richter, sondern das Gesetz „die Schuldigen verurtheile. Das Gesetz ist allemal ge„recht, unpartheiisch, und unveränderlich; die Richter „sind es vielleicht sehr selten. Nichts ist der Vernunft „mehr gemäß, als daß die Richter keine Gesetzgeber, „sondern nur Anwender der Gesetze seyn sollen. Allein „in allen Staaten, wo den Richtern sehr viel überlas„sen bleibt, sind sie in Ansehung einer jeden einzelnen „Sache eben so viel, als Gesetzgeber;" von Justi Vergleichung der Europäischen mit den Asiatischen und andern vermeinten barbarischen Regierungen, Seite 544. folg.

9) L. 10. D. de Bonor. possess. L. 2. §. fin. D. Quis ordo bon. possess. Es gehört unter die Unglücksfälle, wenn dergleichen Personen an Rathgeber gelangen,

irgendwo bestrittene Rechtswahrheit, jeder irgendwo behauptete Rechtssatz, dem die Unkunde, mehr aber noch das eigene Interesse der Parteien leicht bei ihnen Eingang finden ließ, die Vergleichung der Proceßkosten nach sich ziehen sollte. Dies wird nicht leicht Jemand behaupten wollen. Wo ist also hier die eigentliche Gränzlinie? Denn soll das Anscheinende der Gründe, und das Gewicht der Streitigkeit, nur in Beziehung auf die Wissenschaft und Kenntnisse eines Rechtsgelehrten bestimmt werden, so verliert sich die Sache wieder in der Anwendung von selbst, weil der Richter am Ende doch die Lehre und Meinung, worauf der sachfällige Theil sich berufen hat, nicht verwerfen kann, ohne sie nach seiner Ueberzeugung als einen wirklichen Irrthum in Ansehung des Rechtes zu betrachten, den ein Rechtsgelehrter billig hätte vermeiden können und müssen. Der Erfolg zeigt immer, daß der sachfällige Theil unrecht gehabt, und das Recht gemißdeutet habe. Er mag dabei an sich von vorsätzlicher Streitsucht und Chicane immer frei gewesen seyn, so stellt ihn doch das Urtheil als einen temere litigantem dar, weil er gerade bei streitigen Rechtsfragen desto weniger mit Sicherheit auf einen guten Ausgang rechnen durfte und auf Scheingründe sein Vertrauen

durch welche sie in widerrechtliche Weiterungen verwikkelt werden: Sed iustum est, damnum ferri a domino litis, quem procuratoris culpa non excusat ab expensis. Mevius P. V. Decis. 214. Dolus enim, fraus, et culpa procuratoris nocet domino; Struv Exercit. 46. th. 36. licet actio mandati salua sit adversus procuratorem. Hülse de litium expensis th. 17.

setzte. Mit wie vieler Wahrscheinlichkeit diese verknüpft gewesen seyn mögen, darauf kommt es am Ende nicht an; genug, sie sind gehoben und widerlegt, woraus klar erhellet, daß sie zu heben waren, und daß also der verlierende Theil, dem hier auch das geringste Versehen, wie oben gezeigt ist, zur Last fällt, sich schwerlich mit einem ganz unüberwindlichen Irrthume entschuldigen könne. Ueberdem ist 4) bei allen Scheingründen, welche der verlierende Theil für sich angeführt, die aber das Urtheil am Ende doch verworfen hat, nicht füglich anzunehmen, daß er und seine Rathgeber wirklich bona fide dabei zu Werke gegangen sind. Der Mensch ist nur zu geneigt, alles zu ergreifen, was ihm vortheilhaft ist; daher auch die Parteien und ihre Anwälde gemeiniglich alles zusammen suchen, wovon sie glauben, daß es zu ihrem Frieden diene, und den Richter auf ihre Seite lenken könne. Sie machen gleichsam einen Versuch, ob sie an solche Urtheilsverfasser gerathen, die sich dadurch hinreißen lassen, oder nicht [10]. Man würde aber sehr voreilig schließen, wenn man alles, womit sie ihre Sache aufzustutzen gesucht haben, als das Resultat einer wirklichen Ueberzeugung ansehen wollte. Und gesetzt auch dieses, so weiß doch ein Jeder, wie leichtsinnig die mehrsten Menschen dasjenige glauben und annehmen, was ihre Absichten fördert. Eine Erfahrung, die sich in gerichtlichen Streitsachen täglich bestätigt. Wer am Ende den Proceß verlieret,

10) Man sehe die Gewissensfrage eines Advocaten in Mösers patriot. Phantas. Th. 4. Nr. 39.

dem sind häufig schon in den vorigen Verhandlungen die Gründe vorgelegt, welche seiner Meinung entgegen stehen. Allein, anstatt bei Zeiten nachzugeben, läßt er es doch lieber auf ein Urtheil ankommen. Kurz, der überwundene Theil hat, der anscheinendsten Gründe ungeachtet, doch immer die Vermuthung wider sich, daß er entweder selbst vom Gegentheile überführt gewesen, oder doch, ohne genugsame und unbefangene Prüfung, dasjenige sogleich angenommen habe, was ihm beim ersten Anblicke vortheilhaft schien. Unter diesen Umständen ist es daher nicht nur der sicherste, sondern auch offenbar der gerechteste Weg, den der Richter ergreifen kann, wenn er dem, der in der Hauptsache verliert, auch die Vergütung der Proceßkosten auflegt. Und wenn manche sachfällige Parteien, zumal wenn sie der Rechte unkundig sind, dieses, eigentlich und genau betrachtet, weniger oder vielleicht selbst gar nicht verschuldet haben mögen, so gehört ihr Schicksal zu den Uebeln und Unvollkommenheiten, welche bei allen menschlichen Anstalten, folglich auch bei der Rechtspflege, nie ganz zu vermeiden sind. Immer würde es doch noch weit härter seyn, wenn der obsiegende Theil den Aufwand an Proceskosten einbüßen sollte. Ich bekenne, gegen das Ansehen der Gesetze eine solche Achtung zu haben, als irgend Jemand, und ich würde kein Wort verlieren, wenn irgend die gemeinen Rechte in dem Falle, womit ich mich bisher beschäftigt habe, die Compensation der Kosten bestätigten. Allein, gegen eine bloße Lehrmeinung muß man gehöret werden, wenn sich zeigen

läßt, daß sie nicht allein mit sonstigen Grundsätzen des Rechts in Widerspruch stehe, sondern auch zu den schädlichsten Mißbräuchen und offenbaren Ungerechtigkeiten, welche dabei nicht gehindert werden können, in der Anwendung Anlaß gebe.

§. 10.

Ob das Ansehen der Rechtsgelehrten, insbesondere responsa iuris, eine Compensation der Kosten rechtfertigen können?

Mit der Behauptung, welche ich im vorigen §. bestritten habe, steht eine andere eben so unrichtige Lehre in genauer Verbindung; nämlich, daß die Kosten compensirt werden müßten, wenn der überwundene Theil das Ansehen der Rechtsgelehrten, insbesondere aber die gemeine Meinung derselben, oder gar günstige Rechtsbelehrungen (Responsa iuris) für sich hätte [1]). Mit der sogenannten gemeinen Meinung, und dem Beifalle angesehener und bewährter Rechtsgelehrten ist es an sich schon eine sehr mißliche Sache [2]), und wenn man gar etwas genauer auf den

1) Brvnnemann Proc. ciu. Cap. 27. n. 78. Reinharth de errorib. pragmat. in doctrina de compens. expens. §. 30. Seyfarth de compens. expens. Cap. 2. §. 11. Lavterbach de expens. victor. th. 44. Rebhahn de expens. lit. th. 29. Hülse de lit. expens. th. 23. 24. Pestel de expens. vict. th. 11. Hoffmanns deutsche Reichspraxis. §. 797. Leyser Spec. 88. Eichmann Erklärung des bürgerlichen Rechts §. 34. am Ende.

2) Nomen hoc, parum mouet; quum animadversum iam olim sit, etiam communes opiniones saepe

eigentlichen Grund und die wahre Quelle der ebengedachten Lehre zurück geht, so muß man sie billig, als einen äußerst schädlichen Irrthum, verwerfen. Wer sieht hier nicht den sogenannten Probabilismus, wodurch sich vorzüglich die Moral der Jesuiten auszeichnet, in seiner ganzen Größe. Bekanntlich geht diese an sich unvernünftige Sittenlehre dahin, daß der Mensch auch die ungerechtesten Handlungen, unter dem Vorwande einer wahrscheinlichen Gerechtigkeit, unternehmen könne, daß aber zu dieser Wahrscheinlichkeit schon der Ausspruch eines gelehrten und frommen Mannes genüge [3]). Die Geschichte lehrt, daß

fuisse communes errores. Et vnde vero mihi nunc in tanta librorum et auctorum copia, constabit, opinionem aliquam esse communem? Doctori enim id asserenti ideo non credo, quia nondum satis perspectum habeo, vnde mihi adsertionis suae fidem facturus sit. Libros omnes, quotquot hodie in terrarum orbe prostant, euoluere impossibile est; et poterunt ergo inter istos non euolutos tot reperiri, quot ad euertendam communem opinionem sufficiant. Casp. Ziegler Dicastic. Concl. 39. §. 30. Daher man auch bei näherer Bestimmung der gemeinen Meinung auf allerhand Grillen verfallen ist, und im Fall einer Uneinigkeit der Rechtsgelehrten, bald den mehrsten Stimmen den Vorzug beigelegt, bald aber communem opinionem, communiorem, und communissimam einander entgegen gestellet hat. Ziegler ebendas. §. 14. und 20.

3) Walch philosophisches Lexicon Art. Probabilismus. Gottl. Stoll Historie der Gelahrtheit, 3. Th. 1. Cap. §. 51. Blaise Pachal, unter dem angenommenen Nahmen Louis de Montalte les Prouinciales, ou Lettres à un Prouincial de ses amis et aux R. R. P. P. Iesuites, sur la Morale et la Politique de ces Pères. avec les notes de Guil.

unter diesem Deckmantel von Zeit zu Zeit die heillosesten Dinge geschehen sind [4]), und seitdem man angefangen hat, solchen auch in der Rechtspflege zu gebrauchen [5]), hat die Ungerechtigkeit der Richter, wie auch die Chicane der Parteien, ein fruchtbares Feld dadurch gewonnen. Ungeheure Irrthümer, welche man hin und wieder in den Schriften der Rechtslehrer antrifft, waren Folgen dieser saubern Moral, z. B. der Satz, daß der Richter in streitigen Rechtsfällen, wo jede Partei sich auf die Autorität der Gelehrten berufet, mit gutem Gewissen diejenige Meinung befolgen könne, welche unter den streitenden Theilen dem zu Statten kommt, der vorzüglich des Richters

Wendrock, à Cologne 1739; worin bekanntlich diese und andere gefährliche Lehren der Jesuiten dargestellet sind. Um nur eins daraus anzuführen; Tom. I. S. 267. heißt es: Une opinion est apellée probable lorsqu'elle est fondée sur des raisons de quelque consideration. D'ou il arrive quelquefois, qu'un seul Docteur fort grave peut rendre une opinion probable. Et voici la raison: car un homme adonné particulièrement à l'étude, ne s'attacheroit pas à une opinion, s'il n'y étoit attiré par une raison bonne et suffisante. Eigentlich geht der grobe Probabilismus freilich noch weiter, wie aus diesen Briefen erhellet, vorzüglich aber auch in Joh. Christ. Harenbergs Pragmatischer Geschichte des Ordens der Jesuiten, Th. 2. §. 443. S. 1419. folg. und §. 571. S. 1837. mit mehrerm zu ersehen ist.

4) Harenberg im angef. Buche; auch die Sammlung der neuesten Schriften, welche die Jesuiten in Portugall betreffen; aus dem Italienischen übersetzt, Frankf. und Leipz. 1760. folg.

5) Hierüber verdient Ziegler Dicast. Concl. 40. nachgelesen zu werden.

Freund ist [6]. Und eben so ergiebt es auch der Augenschein, daß die ganze Lehre von der probabili liti-

6) Iac. Menoch de arbitrar. iudic. quest. Lib. 2. c. 177. n. 6. sequ.: quando varietas opinionum adest, nec reperitur, quae vere communis sit, iudex ad libitum opinionem, quam vult, sequi potest — Ziegler l. c. imgleichen Gail Lib. I. Observ. 153. n. 9. führen eine Menge älterer Rechtslehrer an, welche einstimmig den Moralisten darin beipflichten, illo casu bonum esse, iudicem habere propitium, quando enim opiniones aeque probabiles sunt, tum dicunt, in ciuilibus eligi posse opinionem, quae amico magis faueat; immo posse hoc casu iudicem propter amicum, modo secundum vnam, modo secundum alteram opinionem iudicare. Daher die sogenannten casus pro amico, welche zwar von Einigen in gerechtem Eifer casus pro diabolo genannt wurden, quod diabolus lucretur animam illius iudicis, Tessavr. Dec. 89. n. 3. et 206. n. 13. Bachov ad Trevtler Disput. I. Vol. I. thes. I., die aber doch so vielen Beifall fanden, daß die Rechtsgelehrten in ihren Schriften recht eigentlich durch besondere Zeichen auf solche Sätze aufmerksam machten, wobei dergleichen Entscheidung pro amico Anwendung fände. Die Advocaten ließen daher auch nichts unversucht, um ihren Parteien die Gunst des Richters zu erwerben. In primis iudicem extollunt, nec vulgaribus encomiis ornant; sic enim fieri putantes, vt beneuolum sibi et fauentem reddant, praesertim talem qui laudes suas sibi praesenti enarrari lubens audit. Ziegler Concl. 41. §. 4. Die Moralisten gingen zum Theil so weit, daß sie dem Richter erlaubten, durch Geld und Geldeswerth unter mehrern Meinungen, die ihm gleich probabel schienen, sich für die eine oder die andere bestimmen zu lassen. Less. de iustitia et iure Lib. 2. c. 14. dub. 9. Wer mehr über diese Materie zu lesen wünscht, den verweise ich auf Casp. Bitschii Dissert. Decas quaestion. quae vt casus pro amico commendantur; cum eius accessionibus cura filii Ioh. Melch. Bitschii, Argentorati 1670.

gandi causa, und deren Wirkung in Ansehung der Proceßkosten, in der That mit dem erwähnten Probabilismus in der genauesten Verbindung stand, und vermuthlich nie aufgekommen seyn würde, wenn dieser nicht so viele Anhänger gefunden, und selbst auch in die Gerichte sich eingeschlichen hätte. Leider konnte das aber desto ungehinderter in jenen finstern Zeiten des Aberglaubens geschehen, wo die Clerisey alles in allem, und einer ihrer ersten Grundsätze dieser war: das Vorurtheil des Ansehens möglichst allgemein zu unterhalten, eignes Nachdenken und Prüfen aber auf alle Art einzuschränken. Was war wol natürlicher, als daß eben der Probabilismus, wonach sogar die Befolgung der Religionspflichten bestimmet wurde, auch in weltlichen und Rechtsangelegenheiten zur Regel dienen mußte, und, wie man Sünden wider Gottes Gebote mit dem Ausspruche eines rechtgläubigen Kirchenlehrers beschönigen konnte, eben so auch das Ansehen der Rechtsgelehrten den widerrechtlichsten Handlungen zur Entschuldigung gereichen mußte. Die Folge davon, daß den verlierenden Theil, wenn er dergleichen Autorität für sich hatte, wegen der Proceßführung an sich kein Ungemach treffen durfte, war sehr natürlich. Das übergroße Gewicht, welches man ohnehin den Meinungen der Rechtsgelehrten, und vorzüglich denen der Glossatoren, beizulegen pflegte, kam hinzu; es schien unverantwortlich, denjenigen in die Kosten zu verurtheilen, welchen, ob er gleich sachfällig geworden war, dennoch der Geist eines Accursius, Azo, eines Jason, und wie die unsterblichen

Männer weiter heißen, gleichsam in Schutz genommen hatte [7]. Längst ist nun zwar der sogenannte Probabilismus von den Lehrern des Naturrechts und der Moral [8]) widerlegt; dennoch aber hat man diesen scholastischen Auskehrigt von der Justizpflege noch nicht ganz zu entfernen gewußt. Was Zasius, in dessen Schriften der denkende Kopf nicht zu verkennen ist, schon seiner Zeit hierüber urtheilte, das können sich auch noch manche Richter und Rechtsgelehrte gesagt seyn lassen. Accursii glossemata, schreibt der vortreffliche Mann, nil plus ponderis habent, quam alterius docti viri doctrinae, quibus vtrisque sine textu, aut euidenti ratione, nil creditur, immo error est, et quidem periculosus, Accursio tantum tribui, quantum conspirata factione ei tribuitur; qui etsi fuerit vir doctus et omni veneratione dignus [9]), tamen errare potuit, et iuris condendi auctoritatem non habuit. Immo ipse Accursius taxat eos, qui in defectum legum probationes glossarum inducunt; quod quam sit inimicum iustitiae, quam omnino horrendum, res ipsa docet. Nec enim glossae credendum est, nisi le-

7) Arthur Dvck de vsu et auctoritate iuris ciuilis Lib. I. Cap. 8.

8) Bvddevs Histor. iur. nat. §. 13. 14. Hochsteter Colleg. Pufend. p. 75.

9) Accursius noster, schreibt Cviacivs Lib. 3. Obseruat. 11., quem ego et latinis et graecis omnibus interpretibus iuris facile antepono.

ge moveatur vel optima ratione [10]). Nichts ist ausgemachter, als daß Rechtsgelehrte und Ausleger keine Gesetzgeber sind, und daß es nicht darauf ankomme, was sie behaupten, oder wie viele unter ihnen einen Satz annehmen, sondern ob und in wiefern Gesetze und Rechtsgründe ihren Lehren beistimmen [11]). Dies vorausgesetzt, so ist in keinem Betrachte abzusehen, wie ein streitender Theil, wenn er den Proceß verloren hat, sich mit dem Beifalle der Rechtsgelehrten entschuldigen könne. Das bloße Ansehen derselben schützt ihn nie, da er weiß, daß der Richter nur nach Gesetzen und deren Analogie urtheilen dürfe. [12]). Will er aber

10) Lib. I. Singular. respons. cap. 7. n. 10.

11) L. vn. § 6. C. de vet. iure enucleando.

12) Die Worte des Cicero Lib. I. de natura Deorum: Non tam auctores in disputando, quam rationis momenta quaerenda sunt; imgleichen des Seneca de vita beata cap. I.: Nihil magis praestandum est, quam ne, pecorum ritu, sequamur antecedentium gregem, pergentes, non qua eundum est, sed qua itur. Atqui nulla res maioribus nos malis implicat, quam quod ad rumorem componimur, optima rati ea, quae magno adsensu recepta sunt; quorumque exempla nobis multa sunt — et dum vnusquisque mauult Credere quam iudicare, numquam de vita iudicatur, semper creditur; diese Worte enthalten Wahrheiten, welche auch den Richtern zur Nachachtung nicht genug empfohlen werden können. Facit enim haec auctoritatum cumulatio ne probabilem quidem opinionem, nisi in animo eius, qui caeco impetu magis ruit in sententiam, quam ducitur, Zasivs Lib. I. Cons. 4. num. 16. Ziegler Concl. 39.

selbst durch die vermeinten Rechtsgründe, welche er in den Schriften der Gelehrten zu seinem Vortheile angetroffen hat, irre geführet seyn, so kommen wir wieder auf dasjenige zurück, was im vorigen §. bereits abgehandelt, und nach meiner Ueberzeugung klar erwiesen ist: daß nämlich die vermeinten anscheinenden Rechtsgründe den verlierenden Theil keinesweges von Erstattung der Proceßkosten befreien können. Man mag also die Sache betrachten, wie man will, so ist die Compensation der Proceßkosten hier ungerecht. Und das bleibt sie auch in dem Falle, wenn der verlierende Theil die günstigsten Rechtsbelehrungen für sich beigebracht hat. Wer da weiß, was man gewöhnlich von diesen Rechtsgutachten (Responsis) zu urtheilen pflegt, dem wird es sicher eine seltsame Erscheinung seyn, daß gleichwol die Compensation der Proceßkosten in diesem Falle so vielen Beifall hat finden können. Man hat es beinahe zur Regel machen wollen: magis credendum esse interpretibus in commentariis, quam in consiliis et responsis; und wenn wir dem Mynsinger glauben wollen, so war dies einst sogar ein Grundsatz des Reichskammergerichts. Der Grund ist eben nicht sehr empfehlend: quod in com-

§. 24. 25. 29.; Wenn man dieses mehr bedächte, so würde man uns in den sogenannten Entscheidungsgründen nicht so häufig an Gewährsmänner verweisen, welche die Behauptung, worauf es ankommt, nicht mit Gesetzen und Gründen beweisen, sondern eben so pro auctoritate hinwerfen, als es den Urtheilsverfassern beliebt hat, solche ohne Grund anzunehmen.

commentariis plerumque cessent cupiditas aeris, gratia, odium, et omnes affectus, quae omnia in responsis et consiliis saepe interueniunt [13]. Leyser ziehet dies nicht ganz in Abrede: Solent interdum iureconsulti in gratiam eorum respondere, a quibus consuluntur [14]. Auch der Ritter Michaelis macht irgendwo in seinem Mosaischen Rechte den Facultäten ein Compliment, welches sie sich wol verbitten möchten: Man müsse immer erst fragen: „wie hoch das Responsum bezahlet worden?" Indessen kann es seyn, daß Rechtsgelehrte daselbst nicht gemeinet sind, weil in den Angelegenheiten, worin die Mosaischen Rechte, und überhaupt die Lehren der heil. Schrift, einen Einfluß haben, auch wol eine andere Facultät zu respondiren pflegt. Noch vertraulicher ist die Sprache des Seyfarth [15]. „Den responsis „Ictorum ist nicht viel zu trauen, weil sie meistens „auf die favorabel vorgestellte Speciem facti ertheilt „worden, und die Rechtscollegia das Principium haben, daß man in dubio pro quaerente sprechen muß, „damit derselbe ein andermal wieder komme." Wirklich ist diese Meinung von den Rechtsbelehrungen ziemlich allgemein geworden. Die Gerichte, wenn sie Akten an eine Facultät versenden, pflegen nicht selten in

13) Mynsinger Centur. 6. Obs. 60. Arthur Duck de auctor. iur. ciu. rom. Lib. I. cap. 8. §. 12.

14) Leyser Spec. 52. Med. 7. am Ende.

15) Teutscher Reichsproceß Cap. 33. §. 3.

ihren Sendschreiben die Abfassung des Erkenntnisses auf den Fall, daß das Collegium bereits ein Gutachten in der Sache ertheilt hätte, ausdrücklich zu verbitten. Die Parteien und ihre Anwälde aber, wenn sie um ein Responsum anhalten, glauben es schon als eine Sache, die sich von selbst versteht, erwarten zu können, daß der Verfasser des Gutachtens alles Mögliche aufbieten werde, um ihrer Sache einen guten Anstrich zu verschaffen, und ihnen Gründe an die Hand zu geben, wodurch der Richter künftig zu ihrem Vortheile eingenommen werden könne. Es stehet sehr dahin, ob es nicht zu den seltenen Fällen, und beinahe zu den Ausnahmen gehöre, daß Jemand ein Responsum in der redlichen Absicht einholt, um, nach Anleitung desselben, eine streitige Rechtsangelegenheit zu betreiben, oder aufzugeben. Es dürfte ungleich häufiger der Fall seyn, daß man die Proceßführung an sich schon fest beschlossen, und nur die Absicht hat, durch Hülfe der Rechtsgelehrten seiner Sache einen bessern Schein zu geben, und, unter dem Vorwande einer unparteiischen Belehrung, die Richter für sich hinzureißen. „Verliere ich alsdann auch," heißt es, „so werden doch „die Kosten compensirt[16]." Daher auch, wenn einmal, wider Verhoffen, das Responsum nicht günstig

16) Zu diesem löblichen Endzwecke passet die Anleitung sehr wohl, welche ein gewisser Franc. Marcinus giebt: In docendo ratiocinandi modus magis necessarius est, quam auctoritatum enumeratio, at in responsis reddendis magis pugnandum est auctoritatibus, quum id demum verum habeatur, quod est a plerisque receptum. (In Epistola ad Cardinal etc. welche des Lancellotti institut. iur. can. vorgesetzt ist

ausfällt, dieses so wenig Eindruck macht, daß man allenfalls das, was die Zweifelsgründe Gutes enthalten, listig benutzt, im Uebrigen aber das Gutachten verborgen hält, ohne sich im Mindesten dadurch von der weitern Proceßführung abhalten zu lassen. Die vielen Kunstgriffe, welche auch überdem von den Parteien angewandt werden, um den Facultäten und Rechtsgelehrten, von denen sie das Gutachten einholen, die Sache nicht von allen Seiten, sondern gerade so, wie es ihr Interesse erfordert, bemerklich zu machen, die Unrichtigkeiten und Verdrehungen, deren sie sich so häufig im Vortrage der Thatsachen bedienen, alles dieses verräth deutlich genug, worauf es eigentlich bei der Einholung des Responsi angelegt sey. Bei so vielen und häufigen Mißbräuchen, welche nicht selten mit den Rechtsbelehrungen vorgehen, ist es einleuchtend genug, wie ungerecht es sey, wenn dennoch der verlierende Theil sich dadurch von Erstattung der Proceßkosten befreien darf. Daß indessen diese Mißbräuche in manchen Fällen nicht vorhanden seyn mögen, gebe ich gern zu; wiewol es meistens schwer halten dürfte, den verlierenden Theil, zumal was die getreue Darstellung der ganzen Sache anbetrifft, von allem Verdachte frei zu sprechen [17]. Ein

17) Nihil enim his sub — et obreptionibus frequentius, quas consultores summa saepe astutia exercent, ut scilicet factum quidem narrent, potissimas etiam circumstantias exponant, s e d e a s t o t ambagibus inuoluant, tot verborum lenociniis vestiant, vt legenti tamen fucus

jeder billig Denkender wird auch die obigen Vorwürfe, welche den Facultäten und Rechtsgelehrten in Ansehung der Rechtsbelehrungen gemacht werden, wol etwas übertrieben finden. Vorsätzlich zu Gunsten der anfragenden Partei ein an sich ungerechtes Gutachten ertheilen, ist und bleibt immer eine Sache, wozu sich gewissenhafte Männer durchaus nicht werden gebrauchen lassen, da es ihren Eiden und Pflichten nicht nur überhaupt zuwider ist, sondern auch demjenigen, der die Belehrung erhält, äußerst nachtheilig werden kann, wenn er dadurch noch mehr verleitet wird, einen Rechtsstreit, den er am Ende nicht gewinnen kann, mit Schaden und Kosten zu unterhalten. Doch, alles dieses ändert die Sache an sich nicht. Das Gutachten sey nach völliger Ueberzeugung ertheilt, und der anfragende Theil an sich ohne alle Arglist dabei zu Werke gegangen, so sind es ja doch nur Meinungen der Rechtsgelehrten, von denen der verlierende Theil wissen konnte und mußte, daß der Richter künftig im Urtheilen keine Rücksicht darauf nehmen dürfe. Wie sich dies überhaupt schon von selbst verstehet, so haben wir noch dazu in unsern Reichsgesetzen die ausdrückliche Vorschrift, daß die sogenannten Consilia und Responsa weder in referendo noch in votando Ziel oder Maaß geben sollen[18]). Zwar

fiat. Sed haec versutia, et quae per illam impetrantur responsa, iniustum litigatorem ab improbitate et temeritate non absoluunt. Leyser Spec. 88. M. 1.

18) Neuest. Reichsabsch. §. 96. Der ganze Inhalt dieser gesetzlichen Bestimmung gehet dahin, daß die Gut=

findet Leyser selbst es äußerst billig, daß doch derjenige, welchen die Rechtsgelehrten solchergestalt gleichsam verleitet, und hinter das Licht geführet hätten, mit Erstattung der Proceßkosten verschonet werde [19]. Allein, genau erwogen ist das nicht billig. Denn, wird das Gutachten der Rechtsgelehrten sammt den Gründen, worauf es sich stützet, im Urtheile verworfen, so ist nunmehr die Meinung, welche der verlierende Theil für sich angezogen hat, nach förmlichem Rechte als ein Irrthum in Ansehung der Gesetze zu betrachten. Und damit kann, wie oben gezeigt worden, sich Niemand entschuldigen, sobald es auf die Vergütung des Schadens ankommt, welcher dem andern Theile durch die Kosten des Processes verursacht worden ist. Es ist aber auffallend, daß man hier zwei ganz verschiedene Dinge nicht sorgfältig genug von einander unterscheidet. Der Irrthum, wozu Jemand durch das Ansehen

achten der Rechtsgelehrten in Rücksicht auf Wahrheit der That-Umstände gar nicht beachtet, in Ansehung des Rechts aber auf das Responsum an sich ebenfalls nie gesehen, sondern lediglich nach Gesetzen und Rechtsgründen geurtheilt werden solle. Was kann also den Richter berechtigen, bei der Entscheidung des Kostenpunkts hiervon abzuweichen, und den verlierenden Theil bloß darum zu begünstigen, weil das Responsum ihm das Wort redet? Offenbar giebt alsdann das Gutachten „in referendo und votando Ziel und Maaß," welches doch das Gesetz durchaus nicht gestatten will.

19) Nec nocebit consultori, quod collegium, a quo consilium petiit, vel per imperitiam vel per adsentationem contra iura respondit, si modo ipse consultor in bona fide, et verosimili opinione fuit, nec per falsa narrata, vt secundum se responderetur, obtinuit. Leyser Spec. 88. M. 1.

hen und die Meinungen der Rechtsgelehrten verleitet worden ist, kann allenfalls eine billige Entschuldigung abgeben, wenn es bloß auf die Frage ankommt: ob der Irrende allein darunter leiden, und fato processus sein Recht verlieren soll? da mag ihm die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand angedeihen [20]; so wie man solche denen nicht versaget, die durch Unwissenheit oder Versäumniß des Advocaten Schaden gelitten haben [21]. Ganz anders aber verhält sich die Sache, sobald von dem Schaden eines Dritten unter solchen Umständen die Rede ist. Das wäre doch wol zu arg, wenn ein Jeder, den die Rechtsgelehrten falsch belehret haben, dadurch dergestalt gesichert werden sollte, daß er auch Andere beschädigen und um das Ihrige bringen dürfte, ohne zur Ersetzung des Schadens verbunden zu seyn. Wie würde es bei diesem Grundsatze um die Ruhe und Sicherheit im Staate aussehen? Man hat aber auch in einigem Betrachte den erwähnten Unterschied recht gut eingesehen und anzuwenden gewußt. So oft Jemand, auch wegen schuldloser Nichtbeobachtung der gerichtlichen Nothfristen, in den vorigen Stand gesetzt wird, so muß er doch dem Gegentheile die verursachten Kosten bezahlen [22].

20) Ioh. Aug. Hellfeld iurisprud. forens. §. 472.

21) Joh. Lud. Schmidt von gerichtl. Klagen und Einreden §. 1042.

22) Leyser Spec. 57. Med. 3. Rivinus Enunc. iur. Tit. 20. Argum. 103. Lyncker Decis. 969. Hellfeld iurisprud. forens. §. 442. Glück's Pandekten Thl. 5 §. 442.

Und auch der angeführte Leyser findet gar kein Bedenken, dieses selbst in dem Falle für billig und gerecht zu halten, da Jemand, nach Ablauf der bestimmten Zeit, mit der Beweisführung noch zugelassen ward, weil er sich mit einer gewissen Lehre des Berlich und Ludovici einigermaßen entschuldigen konnte. A quibus etsi dissentiant Iureconsulti Helmstadienses, hoc tamen eorum auctoritati tribuunt, vt, si quis illa inductus spatium probandi sibi praefixum praetermittat, eum in integrum restituant; sed tamen in expensarum refusionem condemnent [23]. Wird also hier sogar in gewissem Betrachte der obsiegende Theil, ob er sich gleich mit gutem Gewissen auf die Rechtsgelehrten verlassen hatte, in die Kosten verurtheilet, so ist es denn doch in der That mehr als widersprechend, wenn auf der andern Seite sogar der verlierende Theil, wegen günstiger Rechtsmeinungen und Gutachten, von Erstattung der Proceßkosten freigesprochen werden soll. Die bekanntesten Grundsätze des natürlichen und bürgerlichen Rechts mögen es entscheiden, ob nicht die sachfällige Partei, ungeachtet sie durch Rechtsgelehrte, deren Meinungen und Responsa zu allerlei Irrthümern veranlasset worden, dennoch immer verbunden sey, den Schaden, der daraus an Proceßkosten erwachsen ist, zu tragen, und ob das nicht ungleich billiger und gerechter sey, als daß der obsiegende Gegner

23) Leyser Spec. 64. M. 4.

den erlittenen Schaden und Verlust aus dem Seinigen büßen soll [24].

§. 11.

Ob die Kosten zu vergleichen sind, wenn der verlierende Theil praeiudicia iuris, oder gar schon in der verhandelten Sache selbst günstige Erkenntnisse für sich hat.

Aus dem, was bisher gesagt worden ist, lassen sich noch zwei Fragen füglich beantworten: 1) Ob und in wie fern die sogenannten praeiudicia iuris überhaupt dem verlierenden Theile, in Ansehung der Proceßkosten, zu Statten kommen? Erstere haben unstreitig ihren großen Werth, und man darf nur wissen, wie viel in der Rechtspflege auf Erfahrung ankomme, um zugleich überzeugt zu seyn, wie oft die allgemeinen Gesetze, Verordnungen und Systeme einem Richter und Advocaten die befriedigende Auskunft nicht ertheilen, welche ihm eine

24) Quia victus in causa est, vt victor expensas faciat, sic eum laedit, eique damnum infert. Quod, quamuis per iustam ignorantiam intulerit, tamen restituendum est; quia iusta ignorantia potest quidem liberare a peccato, non autem a debito restitutionis. Nisi igitur iusta litigandi causa ex culpa vel malitia victoris proueniat, caeteroquin victus frustra facto aliorum se excusare intendit. — Ueber diese Worte eines ziemlich aus der Mode gekommenen Rechtsgelehrten: Scaccia de Sentent. et re iud. Gloss. 14. quaest. 13. setzte sich schon Temmen de lit. Expens. Cap. 9. Sect. 3. n. 15. sehr leicht hinweg. Ego a communi opinione non discedo. — Sie scheinen aber der Sache sehr angemessen zu seyn.

Sammlung richtiger Erfahrungen mit ihrer Behandlung und Entscheidung leisten kann [1]). Indessen bleiben die klügsten und aufgeklärtesten Richter doch immer Menschen. Sie können irren. Ueberdem können auch oftmals ganz besondere Eigenheiten des vorgekommenen Falls, imgleichen manche locale Verhältnisse, eine überwiegende Billigkeit, bisweilen auch wol die Politik, auf die Entscheidungen einen Einfluß gehabt haben, wodurch die weitere Anwendung in andern Rechtssachen hinweg fällt [2]). Doch, es ist hier der Ort nicht, zu untersuchen, in wie fern überhaupt der Richter verbunden sey, dasjenige, was vormals in ähnlichen Fällen erkannt worden, gleichfalls jetzt zu erkennen? — ob man, zumal die Entscheidungen der höhern Gerichtshöfe, mit Cothmann und andern, als Glaubens-Artikel und fast als Orakelsprüche zu betrachten habe [3])? — ob die gemeine Wohlfahrt bei der Anhänglichkeit an bisher beobachtete Grundsätze, an sogenannte Facultäts-Meinungen u. s. w. gut versorgt sey [4])? — Alles dieses darf ich

1) Hymnen Beyträge zur neuesten juristischen Litteratur in den Preußischen Staaten; erste Sammlung, Seite 1. ff. Justus Möser patriotische Phantasien, Th. 2. Nr. 44.

2) Hymnen a. a. O.

3) Cothmann Vol. I. Cons. 13. n. 130. Man sehe auch Lavterbach Colleg. th. pr. Tit. de Legib. §. 48. Christianaei Decis. Vol. I. Argum. I. n. 4. und Argum. 356.

4) In der Kaiserl. Instruction zum Entwurf eines Gesetzbuchs in Rußland §. 101. heißt es

für jetzt auf sich beruhen lassen. Ich frage nur: was ist in Ansehung der Proceßkosten Rechtens, wenn nun doch wirklich die Entscheidung gegen die angeführten Praejudicia Juris ausfällt? Vermöge des Urtheils hat alsdann der verlierende Theil, ohne Beistand des Rechts, das, was in andern Fällen erkannt worden ist, für sich gebraucht, und eine ähnliche Entscheidung verlangt, die ihm doch, den Rechten nach, nicht zu gestatten war. Anders kann wol der jetzige Urtheilsverfasser, wenn er seinen eignen Ausspruch für gerecht hält, den sachfälligen Theil nicht behandeln. Freilich konnte dem letztern sein eignes Interesse sehr leicht eine jede ihm vortheilhafte Entscheidung in andern Fällen, als gerecht und gesetzmäßig darstellen;

zwar: „Diese Gerichtsstühle ertheilen Bescheide, oder „sprechen Urtheile, welche aufbehalten werden, und bekannt seyn müssen, damit in den Gerichten heute nicht „anders, als gestern, gerichtet werde, und auf daß, „sowol das Eigenthum, als das Leben eines jeden Bürgers dadurch eben so gesichert seyn möge, als die Reichs„verfassung selbst." Aehnliche Verfügungen enthalten unsere Reichsgesetze; die Kammergerichts-Ordnung v. J. 1613. Th. 1. Tit. 16. §. 5. N. R. A. §. 136. Cramers Wetzlarsche Nebenstunden Th. 75. Nr. 6. Hymnen a. a. O. Indessen wird wol nicht leicht Jemand die Erinnerung verwerflich finden, welche Seyfarth im teutschen Reichsproceß Cap. 23. §. 4. hinzufügt: „Da aber solche praeiudicia oft den Ge„setzen selbst entgegen sind: so darf der Richter sich nicht „weiter daran kehren, und wenn auch hundert Jahre „auf solche Art wäre gesprochen worden." Ganz vorzüglich verdient hiebei nachgelesen zu werden Pufendorf Proc. civ. P. 3. C. 22. §. 16. Griebner de obseruant. Colleg. iurid. in opusc. Tom. IV. Sect. 2. E. A. Haus Versuch über den rechtlichen Werth des Gerichtsgebrauchs ꝛc. Erlangen 1798.

aber das berechtigt ihn nie, den Schaden, den sein Irrthum angerichtet hat, von sich auf Andere zu wälzen. Es sey nun, daß die Thatumstände verschieden, oder die Rechtsgründe der beigebrachten Entscheidungen verwerflich befunden worden, so ist doch, in beider Rücksicht, keine rechtmäßige Entschuldigung für den verlierenden Theil erdenklich. Das Factum mußte er sorgfältig prüfen und vergleichen, ehe er überhaupt von ähnlicher Entscheidung sprechen konnte. Und haben ihn die Rechtsgründe, wonach in andern Fällen erkannt worden, irre geleitet, so kann er doch jetzt, da diese Gründe unzulänglich gewesen sind, nicht verlangen, daß der obsiegende Gegner solches mit seinem Schaden durch die Einbuße der Proceßkosten entgelten solle. Das bloße Ansehen anderer Urtheile und Entscheidungen ist, an sich betrachtet, nicht größer, als die Autorität der Lehrmeinungen, da die Richter eben so wenig, als die Rechtsgelehrten, Gesetzgeber sind [5]). Es kommt nicht darauf

5) L. 13. C. de Sentent. et interlocut. Nemo iudex vel arbiter existimet, neque consultationes, quas non rite iudicatas esse putauerit, sequendum, non enim, si quid non bene dirimatur, hoc et in aliorum iudicum vitium extendi oportet, quum non exemplis, sed legibus iudicandum sit, neque si cognitionales sint amplissimae praefecturae, vel alicuius maximi magistratus prolatae sententiae: sed omnes iudices nostros veritatem, et legum et iustitiae sequi vestigia sancimus. — Daher auch mit Recht von Arthur Dvck de auctor. iur. ciu. conclus. Lib. 1. §. 3. und andern behauptet wird: Quia decreta iudicum obligant eos solos, inter quos prolata sunt, et res inter

an, was hin und wieder erkannt worden ist, sondern, wie eigentlich hätte geurtheilt werden sollen.

2) Was ist in Ansehung der Proceßkosten Rechtens, wenn der verlierende Theil in derselbigen Sache, welche jetzt entschieden wird, schon ein günstiges Urtheil für sich hat? Viele halten dafür, daß dieses allemal, und ohne weitern Unterschied, die Compensation nach sich ziehen müsse, weil alsdenn der verlierende Theil in Ansehung des Processes und dessen Fortsetzung die beßte Vermuthung für sich hätte [6]).

alios actae aliis praeiudicium non faciunt, et lubrica est diiudicatio causarum ex similibus sententiis, sequitur, decisiones supremarum curiarum ius non constituere, et non aliam vim habere, quam responsa prudentum. Und obgleich vermöge L. 38. D. de Legib. den gerichtlichen Entscheidungen, wenn sie in mehrern Fällen ununterbrochen auf einerlei Art erfolgt sind, die gesetzliche Kraft eines Gewohnheitsrechts beigelegt wird, so verstehet sich doch dieses allemal in der Voraussetzung, welche die darauf folgende L. 39. ebendas. an die Hand giebt: quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet. Berger in Elect. Proc. prouoc. th. 12. 13. vorzüglich aber Marc. Lycklama a Nycholt Membranar. s. opin. controuers. Lib. I. Ecl. XI. Doch kommt es darauf hier nicht einmal an. Denn, hält der Richter sich von einem gültigen Gewohnheitsrechte überzeugt, so muß er auch in der Entscheidung demselben nachgehen. Hier fragt sich nur, wie hat er die Sache anzusehen, wenn er dergleichen Erkenntnisse in vermeinten ähnlichen Fällen, als unanwendlich verwirft? Unstreitig treten sodann die obigen Gründe ein, wonach der verlierende Theil die Kosten zu bezahlen hat.

6) Mev. P. 3. Decis. 316. Carpzov P. 1. Const. 31.

Andere sind der Meinung, daß die Kosten nur in dem Falle zu compensiren wären, wenn das vorige Urtheil aus neuen, und in den vorigen Instanzen noch nicht verhandelten Gründen abgeändert würde [7]). Allein, wenn sich sonst aus den Akten und der Beschaffenheit der Sache, kein rechtlicher Grund zur Vergleichung der Proceßkosten ergiebt, so ist nicht abzusehen, wie ein aufgehobenes Urtheil solches bewirken könne. Durch das eingewandte Rechtsmittel, und die darauf erfolgte richterliche Abänderung, ist ja dem vorigen Urtheile alle Kraft benommen, und es kann daher auch den verlierenden Theil von einer Verbindlichkeit, die ihm, den Rechten nach, obliegt, nicht befreien. Vermöge des nachfolgenden Ausspruchs, welcher ihn sachfällig erklärt, muß er als ein solcher behandelt werden, der, durch widerrechtlichen Streit, das vorige Urtheil, und eben dadurch auch den Schaden veranlasset hat, welchen sein Gegner an aufgewandten Kosten erlitten hat. Die Verbindlichkeit, diesen Verlust zu ersetzen, ist so natürlich, daß es eine wahre Ungerechtigkeit mit sich führt, wenn man denjenigen davon befreien will, der durch unrichtige Vorträge den Richter voriger Instanz zu seinem Vortheile einzuneh-

def. 20. Gail Lib. 1. Observ. 152. n. 5. Seyfarth de compens. expens. cap. 2. §. 13. Haec opinio est communis, et sacrosanctissima dicitur a Vinio L. 1. Decis. 47. n. 5.

7) Brunnemann Proc. ciuil. cap. 27. n. 78. und c. 28. n. 10. Cothmann Vol. 1. respons. 60. n. 145. und mehrere, welche Temmen de litium expens. Cap. 8. Sect. 4. n. 25. benannt hat.

men gewußt hat. Folgende vortreffliche Stelle des Cicero verdient, hiebei wieder in Erinnerung gebracht zu werden: Quum nihil tam incorruptum esse debeat in republica, quam suffragium, quam sententia, non intelligo, cur, qui ea pecunia corruperit, poena dignus sit — qui eloquentia, laudem etiam ferat. Mihi quidem hoc plus mali facere videtur, qui oratione, quam qui pretio iudicem corrumpit, quod pecunia corrumpere prudentem nemo potest, dicendo potest [8]. Sonst findet man kein Bedenken, denjenigen zum Ersatz des Schadens anzuhalten, auf dessen Geheiß oder Verlangen etwas geschehen ist, welches einem Andern zum Nachtheile gereichet. Hingegen ein widerrechtliches Urtheil, und dergleichen ist doch der abgeänderte Ausspruch nach förmlichem Rechte gewiß [9], soll mich hindern, von dem Gegner, der es bewirkt hat, meine Entschädigung wegen der Kosten zu verlangen? Immerhin mag des vorigen Richters Unwissenheit, oder vorsätzliche Ungerechtigkeit, den nächsten

8) Cicero de republ. Lib. 4. beim Ammian Marcellin Lib. 30 cap. 6.

9) Wenn auch nach wirklichem Rechte und an sich die Sache ganz anders beschaffen ist. Schon Vlpian bemerkt: Appellandi vsus quam sit necessarius, nemo est, qui nesciat; quippe quum iniquitatem iudicantium vel imperitiam corrigat, licet nonnumquam bene latas sententias in peius reformet. Neque enim vtique melius pronunciat, qui nouissimus sententiam laturus est. L. 1. pr. D. de Appellationib.

Grund dieser Beschädigung ausmachen, so ist doch allemal die erste und vornehmste Ursache davon in der Proceßführung meines Gegners zu setzen, welche am Ende als widerrechtlich verworfen ist. Ich mag es nicht einmal anführen, was man wol hiebei zu erinnern pflegt, daß man es von dem streitenden Theile, zu dessen Vortheile das vorige Urtheil ausgefallen war, nicht füglich verlangen könne, sich selbst dieses Vortheils zu entäußern, und freiwillig nachzugeben, da er doch nunmehr alle Ursache gehabt hätte, seine Sache für gerecht zu halten. Es würde daher äußerst hart seyn, ihn in die Kosten zu verurtheilen [10]. — Nur Schwachheit und Empfindelei können das hart finden. Wenn ihn die Sache selbst und deren Beschaffenheit an sich nicht entschuldigt (§. 5.), so war er allerdings verbunden, freiwillig den Streit aufzugeben; er verdient daher eben so wenig Nachsicht, als der Appellant, welcher sich widerrechtlich gegen ein voriges Urtheil auflehnt [11]. Sonst müßte folgen,

10) Seyfarth de compens. expens. l. c. in den Worten: Etenim, qui primam sententiam obtinuit, sine dubio iustam habet litigandi causam. Nec obstat, si prior sententia fuerit iniqua, quum quaelibet sententia praesumatur iusta. Man sehe dagegen Fachinaei controuers. iur. Lib. 1. Cap. 41. Leyser Spec. 88. Med. 2.

11) Sonderbar ist es doch, daß Carpzov in Proc. iud. Tit. 18. Art. 6. not. 96. auch hier das Gegentheil sehr billig findet, und den Appellanten, welcher von neuem verliert, mit Erstattung der Kosten verschont wissen will; und zwar aus dem herrlichen Grunde, weil der Appellant durch die Bestätigung des vorigen Urtheils ohnehin schon genug bestraft würde, et durum

daß ein Jeder, der etwas vom Richter erschleicht, gegen alle Entschädigung sicher sey, weil der Richter gutmüthig oder boshaft genug gewesen, sich dazu hinreißen und bewegen zu lassen; es würde folgen z. B., daß ein ungerechter Arrest, weil er doch einmal erkannt worden, dem, der ihn bewirkt hat, die Verbindlichkeit, seinen Gegner zu entschädigen, nicht auflege [12]). Hier wird ein Jeder zugeben, daß es nicht bloß auf des Richters Verfügung, sondern darauf ankomme, ob die Gründe, aus welchen solche gesucht und erkannt worden ist, den Impetranten zur Rechtfertigung gereichen. Und davon, denke ich, wird denn auch wol bei abgeänderten Urtheilen, die Entscheidung des Kostenpuncts abhängen. Nun wird der vorige Ausspruch aufgehoben, entweder weil er auf Unrichtigkeiten in Thatsachen gestützt ist, oder weil eine falsche Bestimmung des Rechts dabei zum Grunde liegt. Was das Erstere anbetrifft, so kann der verlierende Theil nur alsdann auf die Compensation der Kosten einen Anspruch machen, wenn ihm in Rücksicht der wahren Beschaffenheit der Thatumstände, den Rechten nach, eine schuldlose Unwissenheit bei

foret, afflicto nouam afflictionem per condemnationem in expensas addere. — Quasi afflictus sit, setzt Lemmen a. a. O. hinzu, qui ex obligatione iuste condemnatus est.

12) Mevius P. 7. Decis. 85. und P. 8. Dec. 290. Man lese die Gründe, welche dieser Rechtsgelehrte vorträgt, und man wird sie auch sicher bei Urtheilen, die in der Folge ungerecht befunden werden, sehr anwendbar finden.

bei der Proceßführung zu Statten kommt; wie solches oben (§. 5. 6.) bereits entwickelt ist. In Ansehung des zweiten aber ist nicht abzusehen, aus welchen Gründen die Behauptung unrichtiger Rechtssätze, welche an sich dem verlierenden Theile nicht zu gute gehalten wird (§. 8. 9.), ihn darum entschuldigen soll, weil doch der vorige Richter das auch so angenommen hat. Man lasse sich nur durch dasjenige nicht irre machen, was, nach gewissen individuellen Verhältnissen, wohl möglich seyn, und den verlierenden Theil für seine Person vielleicht als schuldlos darstellen könnte, worauf aber, wegen der damit verknüpften Unsicherheit, in Gerichten nicht gesehen werden kann; sondern man nehme die Sache so, wie sie nach allgemeinen Vorschriften der Gesetze, und nach der Natur des förmlichen Rechts, genommen werden muß. Jene verbinden den verlierenden Theil zur Kostenerstattung, weil Unwissenheit und Irrthum in Ansehung dessen, was Recht ist, ihn nicht berechtigen, andere in Schaden zu setzen, und auf Kosten des Gegners einen Streit zu versuchen, der am Ende durch Urtheil und Recht für den Gegner entschieden ward. Dieses aber erklärt den vorigen Ausspruch und die Sache dessen, den er begünstigt, für ungerecht, die Rechtssätze, worauf man sich gestützet hat, für unrichtig, und es muß also entweder mit sich selbst in Widerspruch gerathen, oder auch den verlierenden Theil als einen solchen behandeln, der ohne Recht seinen Gegner beschädigt hat, folglich denselben auch zu

entschädigen verbunden ist. Und wenn es einmal darauf angelegt ist, daß Jemand durch das Versehen, oder die Ungerechtigkeit des vorigen Richters leiden muß, ohne solches im eigentlichen Verstande selbst durchgängig verschuldet zu haben, so ist doch wol gewiß derjenige, dessen Sache durch das folgende Urtheil als ungerecht verworfen wird, ungleich näher, und mehr verbunden, diesen Schaden allein zu büßen, als daß der andere Theil, den die Gerechtigkeit nunmehr in ihren Schutz nimmt, diesen Schaden mit tragen sollte. — — Wenigstens wird man doch zugeben müssen, daß derjenige, der ein günstiges Urtheil für sich hat, was nachhin abgeändert wird, allemal in diejenigen Kosten voriger Instanzen verurtheilt werden müsse, in welche der Richter, dessen Urtheil aufgehoben wird, ihn hätte verurtheilen müssen. Gesetzt, eine Frau fordert das von ihrem Manne ungültig veräußerte Dotalgut zurück. Der Beklagte wendet ein, die Klägerin selbst habe in die geschehene Veräußerung gewilliget. Sie läugnet dies. Der Richter erkennt auf Beweis dieses, an sich nach gesetzlicher Vorschrift unerheblichen Umstandes. Nach eingelegtem Rechtsmittel wird das Urtheil, wie billig, aufgehoben und der Beklagte in der Hauptsache verurtheilt. Will man ihn nun auch mit dem Ersatz der in zweiter Instanz erwachsenen Kosten verschonen, wofür ich freilich keinen zureichenden Grund finde, so wird er doch offenbar in die Kosten der ersten Instanz zu verurtheilen seyn, da ihm diese schon der vorige Richter ganz unstreitig hätte auflegen müssen. —

Ob übrigens das vorige Urtheil aus Gründen, die ehedem in den Akten schon vorgekommen waren, oder aus neuen Ursachen eine Abänderung erlitten habe, darauf kommt es allein nicht an. Denn, wenn nur die sogenannten noua von der Art sind, daß die jetzt verlierende Partei dagegen eine gänzlich schuldlose Unwissenheit mit Recht nicht vorschützen kann, und dem Gegner wegen verspäteter Beibringung in dieser Hinsicht, den Rechten nach, nichts zur Last fällt [13], so geschieht die Verurtheilung des sachfälligen Theils in die Proceßkosten nichts desto weniger mit Recht. Ohne Zweifel kann aber auch der gewinnende Theil die Bezahlung der Kosten, zumal, wenn sein Gegner dazu nicht vermögend seyn sollte, selbst von dem übel erkennenden Richter fordern, wenn demselben eine vorsetzliche oder durch Nachlässigkeit verschuldete Uebertretung seiner Amtspflichten zur Last fällt [14]. Es hat freilich seine Schwierigkeiten, in

13) Leyser Spec. 88. M. 10. Bachov ad Treutler Disput. 12. Th. 16. lit. D.

14) Damni reparatio, quam pars laesa a iudice petit, in causae et litis, cuius iacturam dolo eius patitur, aestimatione, et in expensarum litis, quas eo nomine impendit, restitutione continetur. G. L. Böhmer de Remed. Syndicatus Cap. 2. §. 12. Et quidem iudex eas persoluere tenetur ex suo, non ex iudicii emolumentis, quum teneatur ex facto illicito vt priuatus. Schweder de concursu et elect. remedior. contra Sentent. supremor. tribunal. Cap. 4. §. 3. Daß nicht jedes Urtheil, welches in der Folge wieder abgeändert wird, dem Richter diese Verantwort-

dieser Rücksicht gegen die Gerichte durchzukommen; und den letztern muß es gewiß einen nicht geringen Anreiz geben, desto ungescheuter die größten Ungerechtigkeiten zu begehen, wenn gar bei den Obergerichten die heillose Maxime herrscht, daß man den Unterrichtern, bloß um ihres Ansehens zu schonen, durch die Finger siehet, und diesem vermeinten Ansehen das Eigenthum und die Rechte der gedrückten Unterthanen Preiß giebt. Vernunft und Gesetze verabscheuen diese ungerechte Schonung durchaus [15]); und mancher Richter würde ungleich vorsichtiger zu Werke gehen, Partheilichkeit und vis inertiae würden weniger Gewalt über ihn haben, wenn ihm, statt jener beliebten Schonung seines Ansehens, die gesetzlichen Folgen seiner Pflichtwidrigkeit gewisser bevorstünden.

§. 12.

Ferner, wenn die Sache nach geleistetem Eide entschieden worden ist.

Auch der Eid, dem man freilich in mancher Hinsicht Folgen beilegt, die mit der Natur und dem

lichkeit zuziehe, versteht sich von selbst, da er befugt und schuldig ist, in der Beurtheilung vorkommender Thatsachen, und auch selbst, so viel das Recht betrifft, in Ermanglung bestimmter und deutlicher Vorschriften, seiner Ueberzeugung, nach Anleitung der Akten, zu folgen. Anders aber verhält es sich, wenn er wissentlich oder aus Unachtsamkeit, unläugbaren Vorschriften der Gesetze und dem, was die Akten mit sich bringen, zuwider handelt.

15) L. 15. C. de iudiciis. L. 6. D. de extraord. cognit. Boehmer Consult. et Decis. Tom. II. P. I.

Endzwecke desselben nicht übereinstimmen *), hat häufig zum Vorwande dienen müssen, um die Proceßkosten zu compensiren, wenn gleich der verlierende Theil nichts weniger, als diese Nachsicht, verdiente [1]. Man behauptet solches erstlich in dem Falle, wenn über den Grund der Klage, oder der zerstörlichen Einreden, der Eid von dem einen Theile dem andern zugeschoben, und, nach vorhergegangenem Eide für Gefährde, geleistet worden ist [2]. Diese Meinung ist gänzlich ungegründet. Claproth [3] glaubt zwar in L. I. D. Quar. rer. act. non dat. eine Bestätigung derselben anzutreffen, wer aber die Stelle selbst gelesen hat, wird ihm schwerlich beipflichten. Der Schwörende, heißt es daselbst, wird gewissermaßen zum Richter in seiner eignen Sache bestellet. — Da aber dieses auf Begehren und Veranlassung seines Geg-

Resp. 455. Struben Rechtl. Bed. Th. 2. Nr. 124. Th. 4. Nr. 201. Temmen de lit. expens. Cap. 12.

*) Systematische Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 118.

1) Ferd. Christ. Harprecht Dissert. de expensis victoriae praestito iureiurando adiudicandis, vel compensandis, Tubing. 1686. in dessen Dissert. Vol. II. n. 62. Andr. Mart. Höger de expensis victori refundendis a victo ex iuramento iudic. et lit. decisor. Alt. 1755.

2) Carpzov P. I. Constit. 31. Defin. 30. 31. und in Processu Tit. 24. Art. 1. n. 50. Temmen de lit. expens. Cap. 9. Sect. 4. n. 8. Man sehe jedoch Seyfarth de compensatione expensarum Cap. 2. §. 6. Reinharth de errorib. pragm. in compens. expensar. §. 27. Leyser Spec. 88. Med. 11.

3) Einleitung in den ordentlichen Proceß. §. 242.

ners, und unter Zustimmung der Gesetze geschiehet, und da diese dem deferirten und abgeleisteten Eide eine völlige Beweiskraft beilegen, so sehe ich in der That nicht, wie man daraus folgern könne, daß die Proceßkosten compensiret werden müßten [4]. Nach Vorschrift der Gesetze wirket der Eid eine förmliche Wahrheit, und der Richter ist schuldig, dasjenige als wahr und ausgemacht, im Wege Rechtens zu behandeln, was einmal mittelst Eides also bestärket ist. Dato iureiurando non aliud quaeritur, quam an iuratum sit; remissa quaestione an debeatur, quasi satis probatum sit [5]. Sobald also die Sache einmal beschworen ist, kann die Entscheidung wegen der Proceßkosten lediglich nur von Bestimmung der Frage abhängen, ob der sachfällige Theil in Ansehung dessen, was nunmehr durch den Eid in juristische Gewißheit gesetzet ist, eine solche schuldlose Unwissenheit oder irrige Meinung, die ihn wegen der bisherigen Proceßführung gänzlich entschuldiget, für sich anführen könne? Diese Frage muß aus der Beschaffenheit der Thatsachen, welche beschworen sind, und aus den Verbindlichkeiten, welche dem sachfälligen Theile in Ansehung des gerichtlichen Streits oblagen, näher bestimmt werden. (§. 6. b.) In der bloßen Eidesdelation an sich, und in dem geleisteten Eide für Gefährde, liegt kein Grund, woraus dergleichen rechtmäßige Entschuldigung gefol-

4) Reinharth a. a. O.

5) L. 5. §. 2. D. de iureiurando. L. 26. pr. eod. Malblanc de iureiurando §. 41.

gert werden könnte [6]). Gesetzt also, daß ein streitender Theil über seine eignen oder gemeinschaftlichen Handlungen dem andern den Eid zugeschoben, und dieser ihn geleistet hat, so ist jener ganz unstreitig nach der förmlichen Wahrheit, welche der Eid zur Folge hat, als ein solcher zu behandeln, welcher ein factum proprium vel commune fälschlich behauptet oder bestritten hat. In beiden Fällen verdient er gar keine Nachsicht, und muß also den Schaden ersetzen, welchen er dem andern Theile durch unrichtige Vorträge vor Gericht verursacht hat. Anton Fabers Raisonnement, daß es doch billig wäre, die Kosten zu compensiren, quum fieri posset, vt, qui iuravit, peieraverit, et tamen vicerit [7]), ist offenbar falsch, und widerspricht theils der Natur der Sache, theils den Vorschriften der Gesetze, wonach der Richter den Eid entweder

6) Die Meinung, daß das iuramentum calumniae von Erstattung der Proceßkosten befreie, hat zwar ehedem manche Anhänger gefunden, wie beim Lauterbach de expens. victor. th. 46. und Pestel de expensis th. 12. mit mehrern zu ersehen ist. Beide haben den Irrthum widerlegt; und es ist kaum nöthig zu erinnern, daß dem streitenden Theile, welcher durch den erwähnten Eid zwar den Verdacht der vorsätzlichen Chicane von sich abgelehnet hat, dennoch in mancher andern Hinsicht die Proceßführung zur Last fallen könne. (§. 4. 5.) Ueberdem würde aus jener Meinung folgen, daß nach gemeinen Rechten, Auth. Hoc Sacramentum C. de iureiur. propter Calumn., und nach verschiedenen Landesgesetzen, welche den allgemeinen Eid für Gefährde noch erfordern, der verlierende Theil eigentlich nie in die Kosten verurtheilt werden könnte. Leyser Spec. 88. Med. 11. Oelze Anleit. zur gerichtl. Praxis, §. 287.

7) Error. Pragmaticor. Decad. 19. Cap. 6.

gar nicht zulassen, oder auch, wenn er einmal geleistet ist, das Beschworne als wahr und ausgemacht annehmen, mithin auch die Folgen eben so bestimmen muß, wie es in jedem andern Falle, wo Thatsachen völlig bewiesen, oder unrichtig befunden sind, den Rechten gemäß ist. Darum läßt sich auch mit Faber und andern nicht behaupten, daß die Verurtheilung in die Kosten einzig und allein nur in dem Falle Statt finde, wenn der obsiegende Theil, außer dem deferirten und abgelegten Eide, noch andere Gründe für sich gehabt hätte, daß aber dagegen die Kosten zu compensiren wären, wenn er bloß des Eides wegen obgesieget hätte. Dieser Unterschied verdient keinen Beifall, weil der alleinige Eid allemal schon völlig entscheidend ist, und die förmliche Wahrheit, die er mit sich bringt, zu ihrer Wirksamkeit keiner weitern Unterstützung durch andere Gründe bedarf. Ist aber der Gegenstand des Eides in Ansehung dessen, der ihn dem andern Theile zugeschoben hat, eine fremde Thathandlung, so sind gleichfalls die Grundsätze auch hier anzuwenden, welche in dieser Hinsicht oben (§. 6.) bereits vorgetragen sind. Eigentlich, wenigstens in den allermeisten Fällen, geschieht der Eidesantrag von dem, welchem den Rechten nach der Beweis einer Behauptung obliegt. Es kann inzwischen auch der andere Theil, ob er gleich die Last des Beweises nicht übernehmen darf, dennoch die Eidesdelation ergreifen, um desto kürzer aus der Sache zu kommen, oder, wie Faber ihn etwas unsanft beurtheilt: per iuris imperitiam, nimiamque stoliditatem. Diesen

möchte ich zwar nicht durchgängig [8]), wol aber in dem Falle, wovon jetzt die Rede ist, da er sich nämlich mit der Unwissenheit fremder Thatsachen entschuldigen kann, mit Erstattung der Proceßkosten verschonen. Jener hingegen, dem der Beweis dessen, worüber er den Eid deferirte, oblag, verdient auch hier keine Nachsicht. Denn ihm fällt es zur Last, daß er fremde Thatsachen behauptet, am Ende aber nicht gehörig bewiesen hat. Es kommt auch in der That nichts darauf an, ob er außer dem Eides-Antrag noch einige Scheingründe für sich gehabt habe, oder nicht; indem er es einmal auf den gegenseitigen Eidschwur hat ankommen lassen, wovon eine ganz natürliche Folge ist, daß die Sache lediglich nach der Leistung, oder Nichtleistung des Eides beurtheilt und entschieden werden müsse. Der verlierende Theil, dem die Gesetze es zur Pflicht machten, nichts zu behaupten, wobei es ihm an rechtlicher Gewißheit mangelte, kann sich unmöglich damit entschuldigen, daß er aus andern Gründen die Sache glaublich gefunden habe. Denn die vergeblichen Ver-

8) Malblanc a. a. O. §. 66. Pag. 247. in den Worten: Admitto tamen compensationem expensarum, si is, cui nullum probationis onus incubuit, sponte iusiurandum aduersario detulit. War es in Ansehung seiner keine fremde Thatsache im eigentlichen Verstande, so ist nicht abzusehen, was ihn vom Kostenersatz befreien könne, da er doch einmal den Beweis des Gegners nicht erwarten, sondern auf dessen Eid es ankommen lassen wollte, und dieser Eid nunmehr juristisch außer Zweifel setzet, daß der verlierende Theil ein Factum proprium wider die Wahrheit bestritten habe.

suche, dieses Glaubliche durchzusetzen, müssen nothwendig auf seine Kosten geschehen, nicht aber dem andern Theile schädlich werden. Gleichwol, sagt man, hat doch der obsiegende Theil hier auch den Vortheil, daß er durch Leistung des Eides kurz und ohne noch mehrere Kosten aus der Sache kommt [9]. Also ist auch das ein Grund wider den Beschädigten, daß er wohl zufrieden seyn könne, weil ihm kein größerer Schaden zugefügt worden? — — Eine andere Meinung, daß die Compensation der Proceßkosten ganz vorzüglich in dem Falle geschehen müsse, da ein zurückgeschobener Eid geleistet worden [10], ist eben so wenig gegründet. Man glaubt alsdann in dem Betragen des verlierenden Theils, Spuren einer religiösen Denkungsart anzutreffen, welche ihn dieser Nachsicht sehr würdig machte. — Praemium quoddam litigantium verecundiae tribuendum est, sagt ein vortrefflicher Schriftsteller, welcher sonst die Lehre vom Eide von so vielen Unrichtigkeiten gereinigt hat [11]. Noch erbaulicher ist die Betrachtung, welche Anton Faber hierüber anstellet: iusiurandum delatum referre ut plurimum illi solent, qui diuini numinis metu ad superstitionem usque sunt timidiores; in quam partem peccare longe tutius est, ac modestius et Christiano praesertim homi-

9) Carpzov a. a. O. Faber ebendas.

10) Faber l. c. Temmen a. a. O.

11) Malblanc l. c. §. 66.

ne dignius, quam religionis contemptu facilitatem iurandi prae se ferre. Es stehet wol sehr dahin, ob diese Erfahrung, zumal in unsern Zeiten, noch Statt finde, und ob nicht Mancher den Eid gerade darum zurückschiebe, weil er selbst ihn nicht schwören kann, und weil er es weniger sündlich findet, allenfalls durch das furchtsame Gewissen seines Gegners, durch dessen Abneigung gegen die Eide, oder wenigstens durch Verschleppung der Sache, sich einigen Vortheil zu verschaffen? Darf er nun gar auf die Compensation der Kosten Rechnung machen, so wird er, wenn ihm etwas zu Eides Hand gelegt wird, was er nicht beschwören kann, sicher nicht nachgeben, sondern lieber den Eid zurückschieben, um von Erstattung der Proceßkosten freizukommen. So verhält es sich sehr häufig mit denen, welche, mit Faber zu reden, metu summi numinis ad superstitionem vsque timidiores, den Eid zurückschieben. Und gesetzt auch, daß dem nicht so wäre, so kann ja das furchtsame Gewissen, die Andacht und Religiosität des verlierenden Theils, doch wahrlich die Folgen des förmlichen Rechts und der förmlichen Wahrheit nicht abwenden. Diesem muß der Richter nachgehen, da er jene ohnehin nicht erforschen kann. Folglich kommt es, wenn der zurückgeschobene Eid geschworen ist, lediglich nur darauf an, ob dasjenige, was dadurch in juristische Gewißheit gesetzet ist, eine Thatsache sey, die der verlierende Theil mit Recht ignoriren konnte und durfte, oder nicht. (§. 6.) Im letztern Falle muß er unstreitig die Kosten bezahlen. Und war er

so fromm, daß er einen Eid, den er leisten konnte, von sich ablehnte, zugleich aber auch so christlich gesinnet, daß er Statt dessen lieber einen andern das Gegentheil eidlich erhärten ließ, so mag er auch seinen Grundsätzen das Opfer bringen, daß er die Proceßkosten bezahle, und mag sich nicht beschweren, daß man seine bisherige Behauptung nunmehr so behandelt, wie es der abgelegte Eid mit sich bringt [12]. Von dem, was bisher gesagt ist, findet manches auch zweitens in dem Falle eine Anwendung, wenn die Sache durch die Leistung eines gesetzlichen Ergänzungs- oder Entkräftungs-Eides entschieden wird. Es fehlt zwar nicht an Rechtsgelehrten, welche die Compensation der Kosten, die von so vielen hier zur Regel gemacht wird, verwerfen [13]. Indessen hat jene Meinung so vielen Beifall gefunden [14], daß sie auch

12) Abhandlung: ob die relatio iuramenti die Compensation der Unkosten des Processes mit Recht nach sich ziehe? in d. Oberlausitz. Beitr. zur Gelahrth. und deren Historie, Th. 2. S. 209. folg.

13) Leyser Spec. 88. M. 5. Berger Elect. Discept. forens. p. 1017. Mevius P. 6. Decis. 39. Reinharth a. a. O. §. 26. Seyfarth de compens. expens. Cap. 2. §. 4. 5. Daß übrigens Anton Faber, welchen Leyser mit auf diese Seite ziehet, im Grunde ganz anderer Meinung sey, ergiebt sich bei näherer Vergleichung der Stelle, worauf Leyser sich berufet, Cod. Lib. 4. Tit. 1. Def. 1. mit einer andern, nämlich Error. Pragm. Dec. 19. cap. 7.

14) Martini Comment. forens. Tit. 36. §. 1. Brunnemann Proc. ciu. Cap. 27. n. 78. Hoffmann deutsche Reichspraxis. §. 797. Claproth ordentl

hin und wieder in den Landesgesetzen bestätigt ist [15]. Nach gemeinen Rechten und deren Analogie läßt sie sich nicht vertheidigen. Ja, es sind Gründe dawider, welche vielleicht verdienen möchten, selbst von Seiten der Gesetzgebung, etwas näher beherzigt zu werden. Was im Ganzen gegen die Mißbräuche, welche mit den gedachten Eiden vorgehen, und überhaupt gegen die Einführung derselben, in mancher Hinsicht erinnert werden könnte, lasse ich vorjetzt auf sich beruhen [16]. So viel ist aber gewiß, wenn doch einmal dergleichen Eid erkannt und geleistet ist, daß es alsdann offenbar und widersprechend sey, wenn auf der einen Seite das Beschworne als völlig wahr und ausgemacht angenommen, folglich die bisherige Behauptung des sachfälligen Theils, als ungegründet, verworfen, und die Hauptsache hiernach entschieden wird, gleichwol aber auf der andern Seite der verlierende Theil in Ansehung der Proceßkosten mit den Folgen des erwiesenen Unrechts verschonet wird. In der That sollte etwas mehr Rücksicht darauf genommen werden, daß gerade in den Fällen, wo der obsiegende Theil nicht sogleich einen ganz vollständi-

Proc. §. 203. Oelze Anleit. zur gerichtl. Prax. §. 287.

15) Selbst in Corp. iur. Frid. I. Th. 1. B. 23. Tit. Seite 192.

16) Ioh. Gottl. Heineccius de lubricitate iurisiurandi suppletorii, in Opuscul. Exercit. 16. Ant. Faber Coniectur. Lib. 19. c. 1. und Error. Pragmat. Dec. 19. c. 1. seq. Malblanc de iureiurando Lib. 3. Cap. 5. Lib. 4. c. 4.

gen Beweis durch Zeugen oder Urkunden zur Hand hat, die Compensation der Proceßkosten ganz vorzüglich der Chicane und Streitsucht zur Nahrung gereiche, und daß der verlierende Theil bei einer durch den Eid entschiedenen Sache die gewöhnliche Nachsicht noch weniger verdiene, da er durch sein bisheriges Leugnen dem Gegner die Sache erschweret, und ihn zu einem Eide genöthiget hat, dessen er sonst hätte überhoben seyn können [17]. Man hat zwar in den Fällen, wo der Richter auf einen Entscheidungseid erkennet, den verlierenden Theil entschuldigen wollen, weil die Sache an sich doch zweifelhaft, und er daher nicht verbunden gewesen sey, den unvollständigen Beweisen des Gegners sogleich nachzugeben. Insbesondere aber glaubt man bei dem Entkräftungs- oder sogenanntem Reinigungs-Eide in eben dem rechtlichen Verdachte, den der obsiegende Theil dadurch erst abgelehnet hat, auch einen gewissen Entschuldigungsgrund für die sachfällige Partei in Ansehung der Proceßführung anzutreffen. Ich habe gegen dieses alles nur das Einzige zu erinnern, daß aus der Unvollständigkeit der Beweise,

17) Mevius P. VI. Dec. 59. n. 8. in den Worten: Non minus malitiosus et odio poenaquae dignus litigator est, qui mala fide litigans sinit alterum probationum difficultate macerari, quam qui iuramento demum veritatem exprimi efficit. Immo eo magis culpandus est, vbi, aliter se rem habere sciens, nomen Domini contra Decalogum in vanum assumere sinit. Sic pii Iureconsulti semper censuerunt, non tantum periurii reos, sed etiam, qui iuramentis non necessariis, causam dant, puniendos.

die am Ende durch den Eid ergänzt, und aus dem Verdachte, welcher durch den Entkräftungseid abgelehnt werden mußte, an sich nicht folge, daß der andere Theil bona fide gestritten, seine bisherige Behauptung wirklich für wahr gehalten, und wenigstens einen schuldlosen Irrthum für sich habe, mithin wegen des gerichtlichen Streits, und der dadurch veranlaßten Kosten zu entschuldigen sey. Die Beschaffenheit der Sache selbst, wie sie nun, da sie erwiesen ist, sich ergiebt, muß die Gründe an die Hand geben, um zu bestimmen, ob die Proceßführung dem verlierenden Theile zu gute gehalten werden kann, oder nicht. Ist also durch den Ergänzungseid eine Handlung außer Zweifel gesetzt, welche in Ansehung des Gegners keine fremde Thatsache war, so ist ja auch eben dadurch zugleich ausgemacht, daß die sachfällige Partei eine Sache behauptet, oder bestritten habe, in deren Hinsicht sie sich mit keiner Unwissenheit entschuldigen kann [18], folglich würde die Compensation der Ko-

18) Wenn z. B. Jemand eine ihm angeblich geschehene Zahlung, einen Contract, den er selbst geschlossen hat, u. s. w., leugnet, in der Folge aber der Ergänzungseid gegen ihn geleistet wird, so ist es doch wahre Ungerechtigkeit, wenn die Kosten compensiret werden, da doch der Richter diese Thatsachen nunmehr so wahr und erwiesen annimmt, daß er in der Hauptsache sein Erkenntniß darauf bauet, und der sachfällige Theil sich jetzt in Ansehung solcher eigenen Handlungen mit nichts weiter entschuldigen kann. Was man sonst wol behauptet hat, daß der Obsiegende hier nur probatione priuilegiata ein günstiges Urtheil erhalte, und sich ohne Entschädigung wegen der Kosten um so mehr beruhigen könne, da er doch immer gleichsam als Zeuge in seiner

sten ungerecht und widersprechend seyn, so wie sie im Gegentheile billig ist, wenn der verlierende Theil eine fremde Handlung bestritten hat [19]). Bei dem sogenannten Reinigungseide tritt aber das besondere Verhältniß ein, daß nach dessen Ableistung derjenige sachfällig wird, dem eigentlich die Verbindlichkeit des Beweises oblag, und es ist schon oben (§. 6. b.) gezeigt worden, daß der Mangel des rechtlichen Beweises dem, der ihn zu führen verbunden war, allemal die Erstattung der Proceßkosten zur Pflicht mache. Die Gründe des Verdachts, welche er wider den Gegner aufgestellet hat, machen keinen völligen Beweis aus, und da nunmehr durch den Entkräftungseid der Verdacht entfernet, und die Behauptung als ungegründet dargestellet ist, so verlangt auch der obsiegende Theil, wenn er nur nicht selbst durch seine Schuld

zu

eignen Sache zu betrachten wäre, Temmen Cap. 9. Sect. 4. n. 3., das ist so auffallend unrichtig, daß es keine weitere Widerlegung erfordert, indem die förmliche Wahrheit, welche der gesetzliche Eid, wenn er abgelegt ist, bewirket, schlechterdings jede Anwendung der Grundsätze, von Zeugen in eigner Sache, gänzlich ausschließet. L. 3. C. de Rebus creditis. L. 31. D. de iureiurando.

19) Hülse de expensis victoriae th. 17. in den Worten: minime tamen in facto vtrinque proprio; quia ibidem reus, ob scientiam facti proprii, consistit in temeritate litigii. Verschiedene ältere Rechtslehrer, welche Temmen l. c. anführt, haben schon eben so unterschieden; die Sache rechtfertigt sich von selbst, was auch immer Anton Faber Error. pragmat. Dec. 19. c. 7. dagegen erinnern mag.

zu dem Verdachte Anlaß gegeben hat [20]), die Vergütung der Kosten mit Recht. Man findet dies zwar hart und unbillig, weil doch der andere Theil so viele Gründe für sich gehabt hat, die den Richter zur Erkennung des Reinigungseides bewogen haben. Allein, angenommen auch, daß nichts Unlauteres unter solchen vermeinten Gründen, und deren Vortrage, verborgen, und daß dem streitenden Theile keine eigentliche Chicane, wodurch eine ungerechte Sache zur Erkennung des Reinigungseides getrieben ward, vorzuwerfen sey — was sich doch wol schwerlich immer voraussetzen läßt — so ist und bleibt doch derjenige, welcher durch diesen Eid den Proceß verloren hat, von dem Vorwurfe nicht frei, daß er Dinge, die er beweisen sollte, jedoch nicht gehörig beweisen konnte, vor Gericht durchzusetzen gesucht hat. Nach bloßen Wahrscheinlichkeitsgründen darf Niemand Handlungen unternehmen, welche andern schädlich werden können, ohne auch zugleich die Verbindlichkeit

20) I. H. Böhmer de expensis criminalibus Cap. 3. §. 9. Dieser berühmte Rechtslehrer bemerkt aber hiebei mit Recht: Potest etiam contingere, ut, qui grauatus sit ad purgatorium, non tamen culpa sua, sed mero infortunio, adeo, ut mox praestito purgatorio innocentia eius manifestissime aliunde adpareat, simulque liqueat, eum culpa sua inquisitioni causam non dedisse. Hoc casu cessat omne fundamentum refundendarum expensarum; et sic reus pure absoluendus est, de quo iudex ex circumstantiis arbitrabitur. Möchten doch sportelsüchtige Richter und Fiscäle sich dieses zur schuldigen Nachachtung gesagt seyn lassen!

der Schadensersetzung im widrigen Falle zu übernehmen. Die bisher vorgetragenen Grundsätze finden auch in der Königl. Preußischen Gerichtsordnung von 1795. I. 23. 3. 4. ihre Bestätigung, indem vermöge dieses Gesetzes auf erfolgte Ableistung eines nothwendigen Eides der Gegentheil die Kosten ersetzen soll, a) „wenn der Schwörende ein Kauf„mann ist, der die Richtigkeit seiner Handlungsbü„cher eidlich bestärkt; b) wenn die Thatsache, über „welche geschworen worden, so beschaffen ist, daß der „Gegentheil von dem Grunde oder Ungrunde dersel„ben aus eigener Wissenschaft hat unterrichtet seyn „können."

§. 13.

Von einigen andern Fällen, in welchen man die Kosten zu compensiren pflegt.

Außer den bisher abgehandelten giebt es noch manche andere Fälle, wo die Compensation der Proceßkosten zwar auch ihre Vertheidiger findet, allein aus Gründen, die so unerheblich sind, daß sie sich größtentheils von selbst schon widerlegen. Ist der verlierende Theil sonst nicht, aus rechtsbeständigen Ursachen, in Ansehung des gerichtlichen Streits zu entschuldigen, so ist es offenbar ungerecht, wenn die Kosten gleichwol bloß darum verglichen werden, a) weil der Proceß unter nahen Anverwandten geführt ist [1];

1) Dieser Grund der Kostencompensation hat gleichwol bekanntlich vielen Beifall gefunden. Carpzov Process. Tit. 24. Art. 1. n. 65. Faber in Cod. Lib. 7.

b) weil eine Obrigkeit in Streitigkeiten mit ihren Bürgern und Untergebenen [2]); c) die Kirche [3]); d) der Fiscus [4]); e) der fiscalische Anklä-

Tit. 18. Defin. 63. Obgleich andere aus guten Gründen das Gegentheil dargethan haben: Leyser Spec. 88. M. 4. Reinharth de error. pragm. etc. §. 42., so findet doch jene irrige Meinung immer noch in sofern ihre Vertheidiger, daß, wenn keine wirkliche Chicane in den Akten klar zu Tage liegt, unter nahen Anverwandten die Verurtheilung in die Kosten nicht Statt finde. Claproth ordentl. Proceß. §. 203., gewissermaßen auch Seyfarth de Compensat. expensar. Cap. 1. §. 12. Cap. 2. §. 2. — Der Französische Code de procédure gestattet zwar, daß die Kosten gegen einander aufgehoben werden können unter Ehegatten, Ascendenten und Descendenten, Geschwistern oder Schwägern desselben Grades, jedoch ohne die Compensation in diesen Verhältnissen der Parteien, und bloß wegen derselben, als nothwendig vorzuschreiben. Art. 131. verb. pourront néanmoins les dépens être compensés en tout ou en partie, entre conjoints, ascendans, descendans, frères et soeurs, ou alliés au même degré. — Die Westphälische Gerichtsordnung Art. 87. stimmt hiermit überein. Den Richtern bleibt es nur überlassen, nach Billigkeitsgründen, wenn besondere Umstände in vorkommenden Fällen dergleichen an die Hand geben, zu verfahren.

2) Seyfarth teutsch. Reichsproc. Cap. 33. §. 3. und das. angef. DD.

3) Man sehe dagegen Seyfarth de compensat. expensar. C. 2. §. 3. Reinharth l. c. §. 44. Auch ist unstreitig L. 6. C. de admin. tutor. gegen die Vorsteher der Kirche ꝛc. anzuwenden.

4) Lyncker Dec. 309. Dies widerlegt Leyser Spec. 56. M. 7. fin. — L. 10. D. de iure fisci. Non puto delinquere eum, qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit.

ger [5]); f) ja wol gar, weil ein Mönch, oder anderer Geistlicher, das Schicksal gehabt hat, in der Hauptsache unterzuliegen [6]); g) weil eine arme Partei, oder sonstige persona miserabilis den Proceß verloren hat [7]); h) weil der sachfällige Theil vorzüglich

5) Hülse de lit. exp. th. 19. Auch hierüber ist Leyser a. a. O. und Spec. 50. Med. 27. Spec. 88. M. 8., imgleichen Reinharth l. c. §. 45. weiter nachzulesen.

6) Der Grund wird aus ihrer Frömmigkeit und Verachtung der zeitlichen Güter hergenommen. Quare si mouent litem, semper praesumuntur bono zelo mouisse; nec condemnantur in expensas, etiamsi alia iusta causa litigandi non adpareat; quoniam, si bona sua dimiserunt propter Christum, non est praesumendum, quod iniuste appetant aliena. — Ist doch wol vielen zu nahe geredet? Temmen l. c. Cap. 9. Sect. 3. n. 2. und 3.

7) Lancellott de attentat. P. 2. c. 14. n. 2. Bodinus de expens. th. 16. Dagegen erinnert Leyser Spec. 88. Med. 9.: Profecto iniquum est, excitatque homunciones istos ad lites audacter mouendas. Quapropter iustum est, et illos in expensas condemnari. Et si tantum in aere non habeant, luant in corpore. Conuenit hoc ordinationi Camerae imperii P. 1. Tit. 41. §. 3. Vergl. jedoch von Bülow und Hagemann practische Erörterungen IV. B. Nr. 49. verb. „Eine eigentliche Strafe, wodurch die „Freiheit des Sachfälligen eine Zeitlang beschränkt „würde, kann aber für den obsiegenden Theil kein Ent„schädigungs- und Erholungsmittel seyn, und er ist „daher nicht befugt, eine Gefängnißstrafe zu fordern, „wenn von jenem die Proceßkosten aus Armuth und „Unvermögen nicht beigetrieben werden können. Der „bekannte Satz: qui non habet in aere, luat in „corpore, ist übrigens bei der Vergütung der Proceß„kosten, garnicht anwendbar; weil er eine dictirte Geld„buße, als Strafmittel, voraussetzt, die der Ar-

als ein ehrlicher und gewissenhafter Mann in gutem Rufe stehet [8]; i) weil derselbe für seine Ehre gestritten [9]; k) weil er in der Hauptsache Zeugen für sich gehabt hat, obgleich die Aussage derselben durch andere Zeugen, oder durch den Gegenbeweis ganz entkräftet ist; imgleichen weil er durch dasjenige, was man ihm außergerichtlich von der Sache versichert hatte, zu der Proceßführung verleitet worden [10]; l) weil der Kostenaufwand nicht von Erheblichkeit ist [11]; m) weil auf geschehene Provocation ex Lege diffamari erkannt worden ist, daß Provocat mit seinen gerühmten Ansprüchen nicht weiter gehöret werden solle [12]; n) weil das Erkenntniß nur den jüng-

„me durch das Gefängniß, oder auf andere Weise abzuverdienen hat. — Grolmann Grundſ. der Criminal-Rechtswissenschaft §. 121.

8) Berlich P. 1. Conclus. 73. n. 23. Bodinus l. c. th. 25. Pestel de expensis, th. XI. n. 8. Dagegen sind nachzulesen Marq. Freher de existimat. Cap. 5. n. 13. Hilliger ad Donell. Lib. 26. c. 3. lit. A. Seyfarth de compens. expens. Cap. 2. §. 8.

9) Iac. Menoch de arbitrar. iudic. quaest. Cent. 2. c. 177. n. 14. Bodinus l. c. th. 20.

10) Martini commentar. forens. Tit. 36. §. 1. n. 6. und 12. Pestel l. c. §. XI. Hülsel c. th. 26. widerlegt von Reinharth l. c. §. 26. und 29. Seyfarth l. c. C. 2. §. 7.

11) Dagegen ist Reinharth l. c. §. 34. und im Ganzen über diesen Mißbrauch der bekannten Regel: minima non curat. Praetor, Ioach. Hopp ad §. 16. Inst. de Rer. diuis. n. 2., weiter nachzusehen.

12) Rivinus Tit. 36. Enunc. 10. Schaumburg

sten und gegenwärtigen Besitz berichtiget hat [13]). Es verlohnt sich zwar der Mühe nicht, Jeden dieser Mißbräuche besonders zu erwägen; indessen habe ich sie nicht ganz unberührt lassen mögen, weil sie doch immer noch hin und wieder ihre Anhänger finden. Und eben darum wird es auch nicht undienlich seyn, im Ganzen noch folgende Bemerkungen hinzuzufügen. Einmal wissen unsere gemeinen Rechte selbst von allen diesen vermeinten Gründen der Compensation der Kosten nicht das Mindeste; folglich müssen auch die Forderungen und Verbindlichkeiten der Parteien in dieser Hinsicht gerade durch, und ohne alles Ansehen der Personen, bestimmet werden. Fast sollte man aber glauben, daß Gerichte und Rechtsgelehrte bei der häufigen Kostenvergleichung, welche für die Streitsucht und Chicane so einladend ist, es recht

princ. prax. iud. L. I. S. I. M. IV. Cap. 2. §. 12. not. x. p. m. 311. Reinharth l. c. §. 35. Philippi Proc. Saxon. Tit. 1. Cons. 4. n. 7.

13) Rivinus c. l. Enunc. 9. Man glaubt wenigstens, daß die Entscheidung wegen der Kosten, bis zur Endschaft des possessorii ordinarii, oder petitorii auszusetzen sey. Martini Comment. forens. Tit. 36. §. 1. n. 132. Dagegen lehrt Struben Rechtl. Bed. 1. Th. Nr. 10., daß das Unterliegen in Summariissimo, der Regel nach, sogleich die Verurtheilung in die Proceßkosten nach sich ziehen müsse, daß aber auch der obsiegende Theil, wenn er nach der Zeit in petitorio sachfällig würde, zur Erstattung aller vorigen Kosten angehalten werden könne. Immo, compensatis licet per rem iudicatam expensis, is tamen, cuius malitia postea emergit, adhuc in expensas condemnari potest. Leyser Spec. 88. M. 10.

darauf angelegt hätten, den Leuten das Processiren möglichst zu erleichtern, damit der Strand der Justiz von Zeit zu Zeit immer mehr gesegnet werden möge [14]. Hätte man nur zweitens den wahren Gesichtspunct, woraus die Sache hier zu beurtheilen ist, nicht beinahe gänzlich aus den Augen verloren, und hätte man nicht unvermerkt sich der irrigen Vorstellung überlassen, daß die Erstattung der Proceßkosten bloß als eine Strafe des muthwilligen Processirens anzusehen sey, so würde man bei näherer Prüfung sehr leicht wahrgenommen haben, daß in sämmtlichen vorbemerkten Fällen weder das persönliche Verhältniß der Parteien, noch die Beschaffenheit der Sache an sich, irgend einen Grund enthalte, um die Proceßkosten deshalb mit Recht zu compensiren. Wie sehr aber jene unrichtige Idee um sich gegriffen habe, siehet man häufig aus dem Eindrucke, den die Verurtheilung in die Kosten auf den verlierenden Theil zu machen pflegt, indem mancher

14) Antiqua quidem Germania raros et exiguos litium anfractus gloriatur, sed hodierna numerosos ambitus luget. Testantur de processuum multitudinae omnia iudicia, nulla detestantur; emergentia exinde commoda, sportularumque multiplicatio, numquam subtractio, talia proh dolor operantur. Frequens compensatio expensarum portam litigantium ac rixosorum iniquitati, quasi Cumanam, aperit; consultius profecto, si plane in iudiciis ignoretur, aut nunc exterminaretur. Reinharth l. c. §. 47.

das Unterliegen in der Sache selbst weniger achtet, als daß er die Kosten bezahlen soll, welches er, da ihm sein Gewissen keine Chicane vorwirft, so ungerecht, als schimpflich findet [15]. Und freilich kann derjenige, welcher sich hier nur eine Ahndung der unlautern und vorsätzlich ungerechten Streitsucht gedenket [16]), sehr leicht darauf verfallen, die Verurtheilung in die Kosten bedenklich zu finden, wenn das Band der Verwandtschaft unter den Parteien, oder sonst das persönliche Verhältniß des sachfälligen Theils, die Vermuthung vorsätzlicher Ungerechtigkeit ausschließt; wie denn auch eben diese unrichtige Voraussetzung bei den übrigen genannten Fällen gleichfaus

15) Dieses Vorurtheil hat die Ungerechtigkeit der Richter und Rechtsgelehrten selbst dadurch veranlasset, daß sie gegen die Verurtheilung in die Kosten so manchen nichtsbedeutenden Ausflüchten Raum gegeben haben, nicht anders beinahe, als ob sie es hier mit Ansprüchen, die bloß auf Rache abzieleten, zu thun hätten. Und nachdem durch diese übel angebrachte Gelindigkeit die Streitsucht merklich angefacht worden ist, so hält man nicht für gut, einen andern Weg zu erwählen. Man verschont Anverwandte, Obrigkeiten ꝛc. ausdrücklich darum mit der Erstattung der Kosten, weil sonst zu fürchten sey, daß die Gemüther zu sehr erbittert und aufgebracht werden möchten. Wahr ist es, was Seyfarth de comp. exp. Cap. 2. §. 2. davon urtheilt. Ridicula est ratio compensationis, ne odia multiplicentur; iustitia enim ex metu odii coarctari non potest.

16) Welche unrichtige Folgerungen hieraus gemacht sind, zeigt mit mehrern Joh. Tob. Carrach von der Schuldigkeit, die Unkosten einer Inquisition zu tragen, §. 8. in Joh. Fr. Plitts Repertor. des peinl. Rechts, 1. Th. S. 136. f.

zum Grunde liegt. Daran aber scheint man nicht weiter zu denken, daß Verhältnisse der Personen und Sachen, welche allenfalls gute Vermuthungen gegen den bösen Vorsatz erzeugen, oder wenigstens denselben sehr ungewiß und zweifelhaft machen, doch immer noch bei weitem nicht hinreichen, um eine Unternehmung zu entschuldigen, wobei auch das geringste Versehen uns schon verantwortlich macht, und wobei selbst der Irrthum an sich noch keinesweges die Verbindlichkeit aufhebt, den Schaden zu ersetzen, den andere dadurch erlitten haben. Oder ist etwa der Anverwandte, die Obrigkeit, der Fiscus und sein Anwald, der Geistliche, u. s. w., mehr als sonst Jemand, berechtigt, Andere zu beschädigen, und weniger verbunden, sich um dasjenige, was recht ist, zu bekümmern, oder sonst den verursachten Schaden zu ersetzen? — Es stehet vielmehr dahin, ob nicht, wenn ja dergleichen Verhältnisse hiebei in Betrachtung kommen könnten, gerade ihrentwegen die Erstattung der Kosten um so viel eher dem sachfälligen Theile auferlegt werden müßte, je gewisser es ist, daß der Anverwandte, welcher seinen nahen Blutsfreund in unnöthige Kosten setzet, imgleichen die Obrigkeiten, die Fiscäle [17]) u. s. f., welche ihr Amt mißbrauchen,

17) Da indessen dem gemeinen Wesen an der gehörigen Untersuchung und Bestrafung der Verbrechen gelegen ist, und gleichwol von den Urhebern derselben gemeiniglich alles mögliche angewandt wird, um die Entdeckung der That zu verhindern, so verstehet es sich von selbst, daß der Fiscal nur alsdann in die Kosten zu verurtheilen sey, wenn er ohne rechtliche Anzeigen und genugsamen

weit weniger Nachsicht verdienen, als ein anderer. Ueberdem ist es drittens nicht allein wahre Ungerechtigkeit, sondern auch mit den nachtheiligsten Folgen verknüpft, wenn zumal den Obrigkeiten und Fiscälen hierin irgend etwas zu gute gehalten wird; indem dieses nicht nur Andern ein schädliches Beispiel giebt[18]), sondern auch den Schein einer geringern Abhängigkeit jener Personen von den Gesetzen mit sich führet, und eben dadurch das Ansehen der letztern

Verdacht zur Anklage geschritten ist. Es hält auch der angeführte Carrach §. 6. nicht ohne Grund dafür, daß in dem Falle einer solchen widerrechtlich veranstalteten Untersuchung der Beschädigte die Wahl habe, ob er den Angeber, oder den Richter selbst, der Kosten halber in Anspruch nehmen wolle; und daß es den letztern nicht schütze, wenn er etwa die Untersuchung auf Gefahr des Angebers verstattet hätte, weil ihm solches nicht Befugniß zur Ungerechtigkeit gäbe. — Der Mecklenb. Landesgrundgesetzliche Erbvergleich von 1755. §. 411. enthält die bestimmte Vorschrift: „Würden Unsre Fiscäle Jemanden ohne rechtmäßige Ursache actioniren, „und der Angeklagte von der Anklage losgesprochen; so „sollen die Fiscäle in allen Fällen, da die Urteln wider „sie ausfallen, keinen mehreren favorem, wegen Er„stattung der Unkosten, als andere Proceßführende Par„teien, haben, auch wol gar wegen des, in ihrem Am„te begangenen Excessus, nach Befinden, mit Geld„und andern Strafen beleget werden.“ Vergl. auch §. 410. ibid. Hof- und Landgerichtsordnung P. I. T. 5. Resolutiones auf Ritter und Landschaft sogenannte gravamina v. 1701. in additam. ad 11.

18) Cicero de legibus Lib. 3. c. 14.: Nec enim tantum mali est, peccare principes (quanquam est magnum hoc per se malum), quantum illud, quod per multi imitatores principum existant, plusque exemplo, quam peccato nocent.

schwächet. Viertens: Eine jede Vermuthung, mithin auch diejenige, welche man nach den obgedachten persönlichen Verhältnissen für den verlierenden Theil hier antreffen will, muß nicht nur der Wahrheit, sondern auch entgegen stehenden stärkern und nähern Vermuthungen, weichen. Zu den letztern gehört aber unstreitig die dringende Vermuthung, welche zunächst aus der Handlung dessen entspringt, der eine ungerechte Sache vor Gericht verfochten hat, und daher sachfällig geworden ist. Hiergegen kann das persönliche Verhältniß, und der sonst gute Ruf dem verlierenden Theile eben so wenig zu Statten kommen, als ihn die günstige Aussage eines oder mehrerer Zeugen, imgleichen was ihm etwa von Andern außergerichtlich vorgebildet worden ist, an sich schon entschuldigen mag, wenn doch in der Folge alles dieses von keinem rechtlichen Gewichte befunden wird, und die Sache selbst nicht von der Beschaffenheit ist, daß er sich auf rechtsbeständige Art auf einen schuldlosen Irrthum berufen kann. (§. 6. b.) Da nun endlich fünftens der Richter ein für allemal schuldig ist, die Parteien und deren Angelegenheiten so zu behandeln, wie es die Akten mit sich bringen, und da dieses in Ansehung der Hauptsache, worüber gestritten wird, kein Bedenken leidet, so versteht es sich auch wol von selbst, daß bei den Proceßkosten die nämliche Regel der Entscheidung beobachtet werden müsse. Es mag also über den gegenwärtigen jüngsten Besitz, oder sonst über jeden andern Gegenstand geurtheilet werden, so ist ja doch der sachfällige Theil den Akten nach allemal der-

jenige, welcher in dem bisherigen Streite, und in dem Punkte, wovon in dem Ausspruche des Richters die Rede ist, Unrecht gehabt hat. Er muß also, wenn ihn nicht selbst die Akten, in Rücksicht auf diesen Gegenstand, rechtlich entschuldigen, allezeit in die Kosten verurtheilt werden. Und ist nach der Lage der Sache noch eine weitere Verhandlung derselben zu erwarten, so wird in zweifelhaften Fällen, die Aussetzung des Kostenpuncts einstweilen vorzuziehen seyn.

§. 14.

Besonders wenn das Urtheil auf eine vermischte Weise ausfällt — Verurtheilung des obsiegenden Theils in die Kosten, und was derjenige überhaupt zu leisten hat, dem die Vergütung derselben auferlegt ist.

Nichts ist gewöhnlicher, als daß die Proceßkosten gegen einander verglichen und aufgehoben werden, wenn das Urtheil auf eine vermischte Weise, theils für die eine, theils für die andere Partei ausfällt, insbesondere wenn der Kläger zuviel gefordert, und der Beklagte nicht bloß das Uebermäßige, sondern die ganze Forderung abgeleugnet hat. Im Ganzen betrachtet, ist dies auch nicht ohne Grund, wie die Natur der Sache ergiebt. Inzwischen glaube ich doch, daß man auch in diesen Fällen häufig mit der Compensation der Kosten zu freigebig sey. Schon Leyser hat bemerkt, daß derjenige, welcher in der Hauptsache den Proceß verloren hat, gar wohl in die Kosten verurtheilt werden könne, ob er gleich in einem oder dem

andern Nebenpunkte obgesiegt hätte [1]). Man fügt auch noch die Einschränkung hinzu, daß in Fällen dieser Art die Kosten nicht immer schlechthin zu vergleichen, sondern nach Verhältniß zu vertheilen sind, wenn die Streitpunkte, worin Jemand obgesieget hat, ohne beträchtlichen Aufwand ausgemacht, hingegen die Kosten der frevelhaft verfochtenen Streitpunkte sehr überwiegend sind [2]). Der Code de procédure Art. 131. und mit ihm die Westphälische Gerichtsordnung Art. 87 überläßt die Sache, ohne darüber etwas Bestimmtes vorzuschreiben, der Beurtheilung der Gerichte. Les iuges pourront aussi compenser les dépens en tout ou en partie, si les parties succombent respectivement sur quelques chefs. In wiefern die französische Gerichtspraxis zu Erwartungen berechtige, die es hinlänglich begründen, dem Ermessen der Richter durch nähere Vorschriften nicht vorzugreifen, kann man hier dahin gestellt seyn lassen. So viel ist gewiß, daß im Allgemeinen diesem Ermessen nicht immer viel zu trauen ist, — daß die Parteien ungleich besser dran sind, je mehr sie durch vorhandene gesetzliche Bestimmungen in den Stand gesetzt werden, auf einen gewissen Ausgang der Sachen mit Sicherheit rech-

1) Leyser Spec. 88. M. 4.

2) Carpzov Proc. Tit. 24. Art. 1. n. 20. Claproth ordentl. Proceß. §. 230. Oelze gerichtl. Praxis, §. 288. Doch behauptet Seyfarth de Compensatione expensarum Cap. 2. §. 12. das Gegentheil.

nen zu können, — und daß, wenn es gleich unthunlich ist, alle möglichen Fragen im voraus zu entscheiden, darum doch die besondern Verhältnisse, die sich wirklich bei jeder Materie näher bestimmen lassen, nicht unbeachtet bleiben dürfen. Nach gewissen allgemeinen Grundsätzen dürfte sich die Sache, wovon hier geredet wird, wol noch etwas genauer berichtigen lassen. Und wir müssen um so mehr darauf zurückgehen, weil überdem dadurch theils der etwas paradox klingende Satz, daß auch bisweilen der obsiegende Theil in die Kosten verurtheilt werden könne [3]), und theils auch das eigentliche Object der Kostenerstattung überhaupt die gehörige Erläuterung erhalten wird. Erstlich: Niemand kann einen Schaden ersetzt verlangen, wozu er durch seine eigene Schuld die Gelegenheit gegeben, oder mit beigetragen hat. Er muß selbst darunter leiden; nie ein Anderer. — Zweitens: Wer Schaden erlitten hat, kann zwar dessen Vergütung fordern, und Niemand vermag, ihm, wider seinen Willen, dieses erworbene Recht zu entziehen; er muß aber auch seiner Seits für den Schaden gleichfalls haften, den er Andern durch ungebührliche Handlungen zugezogen hat, weshalb eine Abrechnung gegenseitiger Beschädigungen Statt findet. Drittens: Es kann aber sowol bei dieser Abrechnung, als auch überhaupt bei der Bestimmung eines zu vergütenden Scha-

3) Leyser de condemnatione victoris in expensas; Meditat. ad Pand. Spec. 89. F. G. Loescher Dissert. sist. Paradoxon praxeos, victorem in expensas condemnatum, Erfurd. 1708.

dens, lediglich nur der Verlust in Betracht kommen, welcher wirklich selbst durch die ungebührliche Handlung eines Andern verursacht worden ist, und daher demselben zur Last fällt. Aus diesen unleugbaren Grundsätzen folgt natürlich, 1) daß überhaupt die Proceßkosten in so fern gegen einander aufzuheben sind, als jedem Theile eine widerrechtliche Proceßführung und ein dadurch dem Gegner verursachter Kostenaufwand zur Last fällt [4]. Das letztere ist aber nicht durchgängig und ohne weitern Unterschied sogleich anzunehmen, wenn das Erkenntniß theils für die eine, theils für die andere Partei ausfällt, wenn Jemand in der Klage obsiegt, und in der Widerklage verliert, wenn der Kläger zu viel gefordert hat u. d. m.; sondern die Natur der Sache ergiebt, daß es in diesen

4) L. fin. §. penult. D. de eo per quem factum erit quomin. in iud. L. 36. D. de dolo malo. L. 57. §. ult. de contrah. Emt. Vend. L. 10. D. de Compensat. Ant. Faber Error. pragmat. Dec. 19. C. 6. findet überhaupt nur in diesem Falle den Ausdruck: compensatio expensarum, der Sache angemessen. In den übrigen Fällen sollte es heißen: nullum expensarum condemnationi locum esse. Genau genommen, hat er wol Recht. Indessen ist jener Ausdruck in der uneigentlichen Bedeutung durch den Redegebrauch einmal allgemein eingeführt, und der Streit um bloße Worte gar nicht der Mühe werth. (§. 3. a.) Die Meinung des Seyfarth de Comp. Expens. Cap. 1. §. XI., daß man darauf Rücksicht nehmen müsse, ob auch beide Theile in gleichem Grade fahrlässig zu Werke gegangen wären, scheint mir unrichtig; weil auch das geringste Versehen (culpa leuissima) hier schon sowol, als die gröbste Unachtsamkeit, zur Schadensersetzung verbindet. Ein anders ist es freilich, wenn das beiderseitige Versehen in Ansehung der Größe des Schadens verschieden ist.

Fällen auf zwei Dinge ankomme; Einmal: ob derjenige, welcher sonst in der Sache obgesiegt hat, in den andern Puncten, welche wider ihn entschieden sind, seinem Gegner wirklich besondere Kosten verursachet habe [5])? Und wenn dieses ist, so muß Zweitens untersucht werden, was bei jedem der einzelnen Puncte, welche theils für die eine, theils für die andere Partei entschieden werden, an sich betrachtet in Ansehung der Kosten Rechtens sey? Das Erstere ist bereits, wie gesagt, von verschiedenen Rechtslehrern hiebei erinnert worden; auf das zweite hat man aber keine Rücksicht genommen. Und manche Richter haben überhaupt die üble Gewohnheit, sich die Sache so bequem zu machen, daß sie, ohne auf das eine oder das andere weiter zu achten, sogleich, wenn der Kläger nicht durchaus in allen Punkten gewinnet, die sämtlichen Proceßkosten vorzüglich aus dem Grunde, weil solche nicht füglich zu theilen wären, gegen einander compensiren; da doch häufig die auf jeden Punkt aufgegangenen Kosten sich wenigstens großentheils recht gut besonders bestimmen lassen. Z. B. wenn das Honorarium der Advocaten für die schriftlichen Vorträge über=

5) §. 33. fin. I. de actionib. in den Worten: Si quod forte damnum ex hac causa acciderit ei, contra quem plus petitum fuerit. Daher auch derjenige, welcher in der Hauptsache unterliegt, mit Recht in die Kosten verurtheilt wird, wenn er gleich in einigen Nebenpunkten gewinnet, welche, wie Leyser a. a. O. sich ausdrückt, „keine neue und absonderliche Kosten, die nicht auch sonst hätten aufgewendet „werden müssen, verursachet haben.“

überhaupt nach Bogenzahl taxirt wird [6]), oder wol gar ganze schriftliche Verhandlungen, Zeugenverhöre, oder andere gerichtliche Termine, bloß einen gewissen einzelnen Punkt betreffen, u. s. w. Man setze nun den Fall, daß die Klagesache wider den Beklagten dergestalt ausfällt, daß er billig in die Kosten zu verurtheilen ist, hingegen in der Widerklage gewinnet er zwar, jedoch so, daß die Proceßkosten eigentlich den Rechten nach dabei zu vergleichen sind, so ist es offenbar ungerecht, wenn die Kosten durchgängig compensirt werden, da dieses doch nur in Ansehung der Widerklage geschehen kann, und Beklagter übrigens in die Kosten der Conventions-Sache verurtheilt werden muß. Dies sollte aber allemal, wenn über mehrere Punkte, sowol für den einen als auch für den andern Theil, erkannt wird, beobachtet, und immer zuvörderst untersucht werden: ob der streitende Theil, gegen den das Erkenntniß ausfällt, in dieser Hinsicht, an sich betrachtet, die Verurtheilung in die Kosten verdient habe, oder nicht. Alsdann sind die Proceßkosten, welche der eine Theil in gewisser Hinsicht ersetzt verlangen kann, mit denen verhältnißmäßig abzurechnen, welche ihm wegen anderer Punkte, worin

6) Wiewol gegen diesen Gebrauch manches mit Recht zu erinnern ist. Man sehe Elsässer, von den schädlichen Folgen des Gebrauchs, die Aufsätze der Consulenten, Sachwalter, Procuratoren ꝛc. nach einer den Bogen nach bestimmten Taxe zu bezahlen; in den gemeinnützigen Beobachtungen ꝛc. 1. B. Seite 31. f.

er sachfällig geworden ist, den Rechten nach wirklich zur Last fallen. Nie aber kann etwas zur Compensation gezogen werden, was man mit Recht von dem andern nicht fordern kann. Diese Bestimmungsart liegt dergestalt in der Natur der Sache, daß die Richter unstreitig verbunden sind, überall danach zu verfahren, wo nur eine verhältnißmäßige Theilung der Kosten in Ansehung verschiedener Streitpunkte irgend möglich ist. Uebrigens enthält auch die bloße Zuvielforderung von Seiten des Klägers an sich noch keinen Grund, den Beklagten deshalb immer vom Ersatze der Kosten frei zu sprechen. Es wäre denn, a) daß Beklagter dasjenige, was dem Kläger am Ende zuerkannt ist, sogleich eingeräumet hätte, in welchem Falle selbst der Kläger in die Kosten verurtheilet werden muß, weil er in dem eigentlichen Streite verloren hat; woraus beiläufig erhellet, daß dieser Fall ganz unrichtig zu denen gerechnet werde, wo der obsiegende Theil die Kosten bezahlen muß; oder b) daß dem Beklagten, welcher widerrechtlich die ganze Forderung geleugnet hatte, gleichwol durch dasjenige, was dem Kläger in der Folge abgesprochen ist, noch mehrere Kosten, als er sonst gehabt haben würde, verursachet wären, da denn eine verhältnißmäßige Compensation der Kosten Statt findet. Außer diesen Fällen leidet die Verurtheilung des Beklagten zur Bezahlung der Kosten kein Bedenken [7]. Nach der Preu-

7) I. Wunderlich Dissert. sist. theoriam et vsum practicum doctrinae de pluris petitione Rintel. 1712. Seyfarth de compensat. expensar., Cap. 2. §. 61.

ßischen Gerichtsordnung von 1795 I. 23. 3. 2. sollen die Kosten zwar verglichen werden, „wenn eine Sa„che aus mehreren Puncten, oder aus Forderungen „und Gegenforderungen besteht, und bei einigen der„selben für den Kläger, bei andern aber für den Be„klagten erkannt wird. Doch muß hierbei ein billi„ges Verhältniß beobachtet werden; dergestalt, daß „wenn die Puncte, bei welchen der eine Theil obsiegt, „nicht von sonderlichem Betrage, und ohne große „Weitläuftigkeit ins Licht gesetzt worden sind, dieje„nigen aber, bei welchen ein widriges Urtheil gegen ihn „ergeht, eine weitläuftige und kostbare Instruction „verursacht haben, alsdann die Proceßkosten von bei„den Theilen nicht zur Hälfte, sondern in einem an„derweitigen, von dem Richter nach vernünftigem und „billigem Ermessen zu bestimmenden Verhältnisse ge„tragen werden müssen."

Mehrere Folgen aus den obigen Grundsätzen darf ich nur kurz berühren, weil sie übrigens von andern bereits ausführlich abgehandelt sind; nämlich II) daß selbst der obsiegende Theil diejenigen Kosten zu ersetzen verbunden sey, welche er durch sein eigenes Vergehen, durch Ungehorsam, vorsätzliche Widerrechtlichkeit, oder Schuld verursachet hat [8]), oder die doch seinetwegen

Leyser Spec. 88. M. 4. Oelze Anleit. zur gerichtl. Praxis, §. 288. Not. p. 289. n. 3.

9) Oelze §. 289. und 90. Brockes Select. obseruat. Argum. 598. Auf die Contumacialkosten, welche auch dem obsiegenden Theile zur Last fallen können,

durch Auftritte veranlasset sind, welche wenigstens dem Gegner nicht nachtheilig werden können [9]). Indessen glaube ich, in den besondern Rechtssachen, wo Leyser und andere eine Verurtheilung des Siegers in die Kosten antreffen wollen, eine gedoppelte Unrichtigkeit bemerkt zu haben, die ich der weitern Prüfung des Lesers anheim gebe. Einmal sind manche Fälle als Beispiele angeführet, welche offenbar nicht dahin gehören. Ein ganz gewöhnlicher Fehler solcher Schriften, welche Anomalien zum Gegenstande haben. Ich habe schon vorhin bei Gelegenheit der Zuvielforderung diesen Mißbrauch gerüget, und setze nur noch hinzu, daß, genau betrachtet, von dem Beklagten, welcher während des Processes die ganze Forderung des Klägers gutwillig bezahlet, jedoch die Kosten gleichfalls erstatten muß [10]), wol nicht behauptet werden

sollte von Gerichts wegen die genaueste Rücksicht genommen werden. Man hat Beispiele, daß die Advocaten sich gegenseitig diese Kosten erlassen, wol aber ihren Parteien solche zur Rechnung bringen. Dergleichen Vereinbarung, welche die Verschleppung der Rechtshändel noch mehr befördert, ist ungerecht, und sollte geahndet, hiernächst aber jeder Sachwalter angehalten werden, seine Partei, wegen der Kosten, die durch seine Versäumniß entstanden sind, zu entschädigen. Es ist Pflicht der Gerichte, hierauf, so viel möglich, von Amts wegen Rücksicht zu nehmen, zugleich aber auch selbst durch unverzögerte Justizpflege ein gutes Beispiel zu geben. Hymmen Beiträge zur neuesten jurist. Litterat. 2te Samml. Seite 180.

9) Leyser Spec. 89. Med. 6. f.

10) Welches von einem Jeden gilt, der dem bisherigen Streite freiwillig entsagt, wenn nicht aus den Akten

könne, daß er diese als obsiegender Theil bezahle. Zweitens. Man hat in den Fällen, wo der gewinnende Theil die Proceßkosten erstatten soll, weil er durch seine Schuld die erste Veranlassung zu dem Rechtsstreite gegeben hat, die wichtige Frage beinahe ganz außer Acht gelassen: ob auch die wirkliche Proceßführung und deren Fortgang dem andern Theile gar nicht zur Last falle? Wenn daher auf die Erfüllung eines an sich ungültigen Contracts geklaget wird, wozu aber der klagende Theil aus Unwissenheit von dem Beklagten verleitet ist, so beruhet die Entscheidung des Kostenpunkts nicht sowol darauf, ob der Kläger bei Schließung des Handels sich in einer schuldlosen Unwissenheit befunden habe, als vielmehr darauf, ob er sich eben damit auch in Ansehung der wirklich angestellten Klage, und zumal in Rücksicht auf die Fortsetzung des Streits annoch entschuldigen könne; indem er ja sonst die Kosten der ihm zur Last fallenden Proceßführung unstreitig bezahlen muß (§. 6. b. und 6. c.) In diesem Betrachte scheint auch in einem andern Falle, welchen Leyser Spec. 89. M. 9. vorträgt, die dortige Entscheidung in Ansehung der Kosten sehr bedenklich; indem III) der verlierende Theil, wenn er anfänglich zwar gerechte Entschuldigungsgründe in Ansehung der Proceßführung vor sich gehabt hat, dennoch von der Zeit an, da er billig vom Gegentheile

deutlich erhellet, daß ihm wegen der Proceßführung nichts zur Last zu legen sey. Rebhahn de expensis th. 30. Mev. P. 8. Dec. 67. Leyser a. a. O. Med. 11. Gmelin und Elsässer gemeinnützige Aufsätze, 3. B. Seite 225. — Vergl. oben §. 3 c.

überzeugt seyn konnte und mußte, mit Recht in die Kosten verurtheilet wird [11]). IV) Wie nun übrigens der Richter denjenigen Theil, den er dazu schuldig findet, schon von Amts wegen, in die Kosten verurtheilen kann und muß [12]), so versteht es sich auch von selbst, V) daß diese Verurtheilung, wenn sie auch unter den allgemeinen Ausdrücken, der sämtlichen Kosten, geschehen seyn sollte [13]), dennoch nur diejenigen Kosten betreffe, welche der schuldige Theil wirklich durch die widerrechtliche Proceßführung dem andern verursachet hat, folglich nur dasjenige, was dem letztern an nothwendigen Kosten (§. 1.) entgehet [14]). Daher darf nicht vergütet werden, was dem obsiegenden Theile von andern, z. B. den Gerichtspersonen, ungebührlich abgefordert ist, noch weniger, was er sonst an willkührlichen Kosten (§. 1.)

11) Mevius P. 8. Dec. 490.

12) Reinharth a. a. O. §. 39. 40. Lauterbach de expensis th. 39. f., wie dies auch der Preußischen Gerichtsordnung §. 2. gemäß, noch bestimmter aber in der Westphälischen Gerichtsordnung Art. 86. ausgedrückt ist.

13) Rivinus Enunc. iur. Tit. 36. Argum. 28.

14) Wohin jedoch den Rechten, und der Billigkeit nach, auch das Honorarium eines Advocaten, welcher in seiner eignen Sache obgesiegt hat, allerdings gehöret; obgleich verschiedene Rechtslehrer das Gegentheil behaupten, welche von Ioh. Geo. Koch Dissert. de aduocatis eorumque salario in propria causa, Erford. 1727. Cap. 3., und Joh. Christ. Quistorp in Beiträgen über verschiedene Rechtsmaterien. 2te Ausg. Nr. 6. gründlich widerlegt sind.

ausgegeben hat [15]). Daß überhaupt die Quantität der Kostenforderungen, besonders das Honorarium der Sachführer und Anwälde, die angegebenen Auslagen u. s. w. der gerichtlichen Bestimmung und Moderation unterworfen sind, ist bekannten Regeln des gerichtlichen Verfahrens gemäß.

15) Lavterbach a. a. O. th. 53—57. Pestel de Expensis §. 4. f. Cramer Observat. iur. univ. T. I. Argum. 407. Horn in Sentent. et resp. Cl. 12. S. 4. N. 1. — In der angeführten Preußischen Gerichtsordnung §. 25. findet sich eine genaue Bestimmung dessen, was an verursachten Kosten eigentlich zu ersetzen ist. Die Westphälische Gerichtsordnung Art. 89. enthält zum Besten der Anwälde die Verfügung, daß die Kosten auf ihr Verlangen abgesondert von dem Hauptgegenstande des Erkenntnisses ihnen zuerkannt werden sollen, wenn sie pflichtmäßig versichern, daß sie den größten Theil der Auslagen bestritten haben.

Bei den Gebrüdern Hahn in Hannover sind erschienen und in allen Buchhandlungen zu haben:

Sammlung von Gesetzen, Kön. Decreten, Staatsrathsgutachten und Ministerialschreiben, als Supplementband des officiellen Gesetzbuchs Napoleons für Westphalen gr. 8. französisch u. deutsch 1 Rthlr. 20 Ggr.
deutsch 20 Ggr.

Repertorium über die im Gesetzbülletin des Königreichs Westphalen enthaltenen Gesetze und Königlichen Decrete, zum eignen Nachtragen und einer fortdauernden Uebersicht der Gesetze für Geschäftsmänner, von G. F. L. Isenbart. Zweite verbesserte und vermehrte Auflage. 4. 1 Rthlr. 12 ggr.

Handbuch für Friedensrichter nud andere bei diesem Gerichte angestellte Personen, vom Dr. Bezin. Zweite ganz umgearbeitete Auflage. 8. 1 Rthlr.

Pfeiffer, B. W., Rechtsfälle, entschieden nach dem Gesetzbuche Nap. von Frankreichs und Westphalens obersten Gerichtshöfen, 1ste u. 2te Abth. gr. 8. geh. 1 Rthlr

— — Rechtsfälle zur Erläuterung der Gerichtsverfassung u. Proceßordnung Westphalens, 1s u. 2s St. gr. 8. geh. 1 Rthlr.

— — Unterweisung der Beamten des Civilstandes in ihren sämmtlichen Verrichtungen. 5te Aufl. gr. 8. 10 gr

Weber, A. D., über die Rückanwendung positiver Gesetze mit besonderer Hinsicht auf neuere Gesetzveränderungen deutscher Staaten. gr. 8. 18 ggr.

Unter der Presse ist befindlich:

Pfeiffer, Dr. B. W., Napoleons Gesetzbuch nach seinen Abweichungen von Deutschlands Rechte. 2 Bde. Neue vermehrte u. umgearbeitete Auflage. gr. 8.

Supplementband zur Westphäl. Proceßordnung. In französischer u. deutscher Sprache. gr. 8.